

中国法院2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

劳动纠纷

（含社会保险纠纷）

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

简便易用　权威实用

汇集全国各地法院最新审结的典型案例，分卷分类编排

高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点，剔除无效信息

主审法官撰写“法官后语”，展现法律适用方法和裁判思路

不论您是法官、律师，还是案件当事人，本书力争最大限度地为您节约查找和阅读案例的时间，使您获得真正有用的信息。





中国法院
2014年度案例

国家法官学院案例开发研究中心◎编

劳动纠纷

《中国法院年度案例》编辑人员（按姓氏笔画）

边疆戈 关 毅 刘 畅 苏 烽 孟 军

罗胜华 赵丽敏 唐世银 曹士兵 曹海荣

梁 欣 温培英 程 瑛

本书编审人员：赵丽敏

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中国法院 2014 年度案例．劳动纠纷：含社会保险纠纷／国家法官学院案例开发研究中心编．—北京：中国法制出版社，2014．3

ISBN 978－7－5093－5124－6

Ⅰ．①中…　Ⅱ．①国…　Ⅲ．①劳动争议－案例－汇编－中国　Ⅳ．①D920．5

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2014）第 016001 号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：胡艺（ngaihu@gmail.com）　　封面设计：温培英、李宁

中国法院 2014 年度案例·劳动纠纷（含社会保险纠纷）

ZHONGGUO FAYUAN 2014 NIANDU ANLI · LAODONG JIUFEN（HAN SHEHUI BAOXIAN JIUFEN）

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730×1030 毫米　16　　印张/13.5　字数/179 千

版次/2014 年 4 月第 1 版　　2014 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978－7－5093－5124－6　　定价：45.00 元

北京西单横二条 2 号　　值班电话：66026508

邮政编码 100031　　传真：66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　**编辑部电话：66034985**

市场营销部电话：66033393　　**邮购部电话：66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010－66032926）

《中国法院年度案例》通讯编辑名单

张农荣 北京市高级人民法院
刘晓虹 北京市高级人民法院
戚庚生 江苏省高级人民法院
程　浩 江苏省高级人民法院
王　成 江苏省高级人民法院
沈　杨 江苏省南通市中级人民法院
周耀明 江苏省无锡市中级人民法院
李相如 福建省高级人民法院
李春敏 福建省高级人民法院
张本勇 上海市高级人民法院
黄玉霞 广东省高级人民法院
贺利研 广西壮族自治区高级人民法院
谢　丹 四川省高级人民法院
王　磊 山东省高级人民法院
余跃武 安徽省高级人民法院
庞　梅 安徽省高级人民法院
自　宁 云南省高级人民法院
冯丽萍 云南省昆明市中级人民法院
陈飞霞 重庆市高级人民法院
张纵华 浙江省高级人民法院
赵　婳 辽宁省高级人民法院
刘洪颖 吉林省高级人民法院
刘东海 黑龙江省高级人民法院
宋雪敏 河北省高级人民法院
马　磊 河南省高级人民法院
李治国 湖北省高级人民法院
黄金波 湖北省宜昌市中级人民法院
唐　竞 湖南省高级人民法院
马云跃 山西省高级人民法院
李周伟 海南省高级人民法院
白云飞 天津市高级人民法院
官　却 青海省高级人民法院
石　燕 新疆维吾尔自治区高级人民法院

序

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例丛书，以后每年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此前，该中心已经坚持20年不辍连续编辑出版了《中国审判案例要览》丛书，凡80卷，分中文版和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在该中心又编辑出版《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012及2013年出版以后，受到读者的广泛好评，并迅速售罄，国家法官学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2014年度案例》系列。为响应读者需求，2014年度新增3个分册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例。

总的说来，当前市面的案例丛书大多“不好读”，存在篇幅长、无效信息多、案例情节杂、缺乏深加工等不足。《中国法院年度案例》丛书试图把案例书籍变得“好读有用”，故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000字以内；二是突出争议焦点，削除无效信息，尽可能在有限篇幅内为读者提供有效、有益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，本丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例开发研究中心平均每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，《中国法院年度案例》有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例分类编排，每个案例用一句话概括焦点问题作为主标题，让读者一目了然，迅速发现需要的案例。

总之，编辑《中国法院年度案例》就是为了让案例类书籍简便、易用，这既是

本丛书的特点，也是编辑出版这套丛书的理由。当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿意承担责任，并不断改进。

在信息社会，流行快餐文化，纸质类媒介往往输给数字化媒介。在此情景下，中国法制出版社全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大的鼓励。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍的新路，更好地服务于学习、研究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

中国法院2012、2013年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心　编

简便易用、权威实用——打造“好读有用”的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续20年编辑了享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。

2. 强大的规模：2012、2013年各推出15本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现裁判思路方法。

中国法院2012年度案例系列

中国法院2013年度案例系列

1. 婚姻家庭与继承纠纷
2. 物权纠纷
3. 土地纠纷（含林地纠纷）
4. 房屋买卖合同纠纷
5. 合同纠纷
6. 买卖合同纠纷
7. 借款担保纠纷
8. 民间借贷纠纷
9. 侵权赔偿纠纷
10. 道路交通纠纷
11. 雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）
12. 人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠纷）
13. 劳动纠纷（含社会保险纠纷）
14. 公司纠纷
15. 保险纠纷





最高人民法院指导性案例理解与适用系列

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列	书号	定价
担保卷	978－7－5093－2973－3	98 元
公司卷	978－7－5093－3476－8	128 元
合同卷一（合同原则、履行、解除、违约责任）	978－7－5093－3806－3	98 元
合同卷二（合同订立、效力、解释、变更与转让、时效、管辖）	978－7－5093－3805－6	98 元
劳动争议卷	978－7－5093－4395－1	58 元
婚姻家庭卷	978－7－5093－4394－4	50 元
房地产卷	978－7－5093－4393－7	98 元

最高人民法院知识产权系列图书

书　名	书号	定价
最高人民法院知识产权审判案例指导（第一辑）	978－7－5093－1894－2	48 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第二辑）	978－7－5093－1895－9	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第三辑）	978－7－5093－2804－0	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第四辑）	978－7－5093－3692－2	78 元
最高人民法院知识产权审判案例指导（第五辑）	978－7－5093－4556－6	88 元
中国知识产权指导案例评注（上下卷）	978－7－5093－2591－9	188 元
中国知识产权指导案例评注（第三辑）	978－7－5093－3279－5	98 元
中国知识产权指导案例评注（第四辑）	978－7－5093－4396－8	98 元
最高人民法院知识产权司法解释理解与适用	978－7－5093－3603－8	58 元
商业秘密司法保护实务	978－7－5093－3422－5	98 元
商标法适用的基本问题	978－7－5093－3970－1	68 元
知识产权法律适用的基本问题	978－7－5093－4207－7	168 元
知识产权保护的新思维	978－7－5093－4738－6	98 元
反不正当竞争法的创新性适用	978－7－5093－5101－7	68 元

最高人民法院商事审判指导案例系列

最高人民法院商事审判指导案例系列丛书	书号	定价
1. 合同卷（上下）	978－7－5093－2443－1	168.00
2. 借款担保卷（上下）	978－7－5093－2440－0	188.00
3. 公司卷	978－7－5093－2444－8	98.00
4. 金融卷	978－7－5093－2449－3	88.00
5. 第五卷（上下）	978－7－5093－2803－3	168.00
6. 合同与借贷担保卷	978－7－5093－4029－5	98.00
7. 公司与金融卷	978－7－5093－4028－8	128.00

目　录

Contents

一、确认劳动关系

二、劳动合同

三、社会保险

四、追索劳动报酬、经济补偿金

五、举证责任分配

六、时效及其他

一、确认劳动关系

1

劳动者病假期间与其他公司建立劳动关系的认定及责任承担

——上海兴马塑料制品有限公司诉姚军劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民三（民）终字第466号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：上海兴马塑料制品有限公司（以下简称兴马公司）

被告（上诉人）：姚军

【基本案情】

姚军于2009年7月29日进入兴马公司工作。同年9月7日，双方签订一份劳动合同，约定合同期限为2009年7月29日至2010年7月28日，其中2009年7月29日至9月28日为试用期。姚军入职时月工资报酬5000元（税前），另加通信费50元，2009年12月起调整为3412元（税前），2010年3月起调整为2600元（税前）。姚军在兴马公司工作至2010年5月30日，6月1日起请病假。同年9月1日，兴马公司向姚军发出终止劳动合同通知书，通知书记载：双方的劳动合同将于2010年7月28日期限届满，但姚军在2010年6月向兴马公司提交病假单，兴马公

司给予姚军三个月的医疗期，已经届满，公司决定不再续签劳动合同，现通知姚军终止劳动合同，终止劳动合同的时间为2010年9月1日。姚军于9月6日收到该通知书。

兴马公司支付员工工资的周期为上月26日至本月25日，于次月5日发放。2009年9月至2010年8月，兴马公司支付姚军工资分别为：4214.30元、4207.50元、3995元、2808元、2802.60元、2800.80元、1916元、2316.35元、2308.75元、1464元、1416元、1225元，合计31474.30元。

2010年6月1日，姚军与A公司签订劳动合同，期限自2010年6月1日至2013年5月13日止。2010年7月26日，A公司出具离职证明，离职证明记载：姚军自2010年6月1日进入其公司，担任文控主任一职，因在工作期间不能达到公司的目标，完不成公司的任务，故于2010年7月14日被公司辞退。

2011年9月27日，兴马公司向上海市松江区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。请求裁决姚军：退还2010年6月至2010年8月期间的病假工资合计4105元；退还2010年6月至2010年8月公司为其缴纳单位承担部分的社保费用合计2775元（以2500元为基数，单位承担37%）；退还公司已支付的经济补偿金3934.29元等。同年11月16日，该仲裁委员会以松劳人仲（2011）办字第4097号裁决书作出裁决：对兴马公司之仲裁请求不予支持。兴马公司因不服该裁决，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

1. 现行法律关于双重劳动关系规定的理解；2. 劳动关系的归属与劳动者行为的评价；3. 原用人单位的救济路径及劳动者的责任承担。

【法院裁判要旨】

一审法院认为：《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。本案中，原告主张当时不知道被告与A公司签订了劳动合同，是后来A公司联系原告，原告才得知被告于2010年6月1日与A公司签订了劳动合同，故提出请求。本院认为，原告的行为符合法律规定，因此，对于被告关于原告的请求已经过了诉讼时效的辩称意见不予采信。

原、被告的劳动合同于2010年7月28日到期，而被告在合同期满前的6月1

日起向原告请病假，并提交了病假单，原告给予被告医疗期。但是，被告在请病假期间到A公司工作，并与A公司签订了劳动合同，此时被告选择了与A公司建立劳动关系，意味着与原告解除了劳动关系，当时原告并不知晓该情况，仍每月向被告支付病假工资，当原告得知被告与A公司建立劳动关系后要求被告退还该期间已付的病假工资，于法有据，被告应予退还。根据已查明的事实，2010年6月至8月，原告已支付被告病假工资分别为1464元、1416元、1225元，合计4105元，故原告要求被告退还2010年6月至2010年8月期间的病假工资4105元的诉请，本院予以支持。

原告要求被告退还2010年6月至2010年8月公司为其缴纳单位承担部分的社保费用合计2775元及支付经济补偿金3934.29元的诉请，于法无据，本院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十九条、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，判决如下：

一、被告姚军于本判决生效之日起十日内退还原告上海兴马塑料制品有限公司2010年6月至2010年8月期间的病假工资4105元；

二、驳回原告上海兴马塑料制品有限公司的其余诉讼请求。

姚军不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理后认为，劳动合同当事人违反劳动合同的，应当承担相应的责任。给对方造成经济损失的，应当承担赔偿责任。劳动关系作为用人单位向劳动者给付劳动报酬，而由劳动者提供职业性劳动所形成的法律关系，用人单位应依约足额向劳动者支付劳动报酬，劳动者亦应向用人单位履行勤勉劳动的义务，此乃劳动合同双方当事人的基本合同义务。本案中上诉人姚军在向被上诉人兴马公司请病假期间，至其他公司工作，系违背劳动者应尽基本合同义务的行为。因此，姚军应当就其违约行为向兴马公司承担相应的损失赔偿责任。

本案中兴马公司的诉请为返还病假工资，考虑到当事人为追求诉讼目的的实现，对其中涉及的请求权的把握不尽专业，原审中亦未对当事人进行必要的法律释明，而且客观上在诉讼中，双方当事人对自己的主张已享有了陈述、举证、质证、辩论的权利，为不增加当事人的讼累，故直接依据违约损害赔偿请求权就本案所涉病假期间工资之纷争进行判处。

根据兴马公司支付员工工资的周期，本案系争的2010年6月至8月期间的病假工资乃兴马公司发放姚军的2010年5月26日至8月25日期间的工资。而根据本案查明的事实，姚军于2010年6月1日入职A公司，于次月14日即被A公司辞退。姚军亦应当仅就其违约行为给兴马公司造成的损失承担赔偿责任。参照兴马公司支付姚军的病假工资数额等，酌定姚军支付兴马公司1900元。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条之规定，二审判决：

一、维持上海市松江区人民法院（2011）松民一（民）初字第9191号民事判决主文第二项；

二、撤销上海市松江区人民法院（2011）松民一（民）初字第9191号民事判决主文第一项；

三、上诉人姚军于本判决生效之日起十日内支付被上诉人兴马公司人民币1900元。

【法官后语】

双重或多重劳动关系，通常意义上指劳动者在同一时期和两个或多个用人单位建立劳动关系。我国现行法律对于双重劳动关系是否允许存在、何种情况下可以存在并无明晰的规定，而是采取一种虽未禁止但不提倡的态度，试图通过限制性的立法予以引导。从《劳动合同法》第三十九条、第九十一条和第六十九条规定中可以看出，立法者对于双重劳动关系存有矛盾心态：一方面，法律不提倡双重劳动关系，尤其是全日制双重劳动关系。由于劳动关系具有很强的人身隶属性，加之国家和用人单位在社会保险费上所承担的补偿义务等原因，若认可双重劳动关系，难免带来劳动力市场的管理混乱。另一方面，法律并未否认双重劳动关系。由于双重劳动关系在劳动力市场中的客观存在，诸如在非全日制用工、灵活就业等情况下形成的双重劳动关系。因此，现行法律采取了这样一种限制性的立法试图对其加以规制和引导。

本案中劳动者在向原用人单位请病假的同时与新用人单位建立劳动关系的行为，无疑应当受到法律上的否定性评价。因劳动者并未履行向原用人单位的告知义务，造成原用人单位选择权的丧失，导致对原用人单位的不公。原用人单位的诉请

虽然为返还病假工资，但从保障当事人诉权和避免诉累相衡平的角度，二审法院直接依据违约损害赔偿请求权就本案所涉病假期间工资之纷争进行了处理。

编写人：上海市第一中级人民法院　崔婕　成阳

2

“两不找”劳动关系中劳动者权益的保障

——杜清水诉厦门市厦宜电线电缆厂劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第1025号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：杜清水

被告（上诉人）：厦门市厦宜电线电缆厂（以下简称厦宜厂）

【基本案情】

杜清水于1971年进入厦门第一医疗器械厂工作，1975年调动到厦门市向阳造纸厂工作。1984年始杜清水一直未到向阳造纸厂上班，双方形成了“两不找”的劳动关系。

1985年1月，厦门市向阳造纸厂与湖北红旗电缆厂合资兴办了厦门市厦宜电线电缆实业公司，杜清水的人事关系随之进入该公司。1987年，厦门市厦宜电线电缆实业公司对杜清水作出除名决定，该决定写明：杜清水同志原系向阳造纸厂职工，该厂已于1985年2月与湖北红旗电缆厂合资经办厦宜电线电缆实业公司。该同志自公司成立起至今一直未来上班，根据国务院1982年3月12日发布施行的《企业职工奖惩条例》第十八条规定，经公司研究决定给予除名处理。

1990年，厦门市厦宜电线电缆实业公司更名为厦宜厂。1997年11月，厦门市

华乐电缆有限公司与厦门市思明区建设发展总公司签订《商号租赁合同书》，约定厦门市华乐电缆有限公司租用厦宜厂的商号10年，厦宜厂原职工归厦门市思明区建设发展总公司负责安置，厦门市华乐电缆有限公司不承担责任，该合同经双方签字并经公证机关公证后生效。1998年7月21日，厦门市华乐电缆有限公司与厦门市思明区建设发展总公司签订《租赁合同书》，约定厦门市思明区建设发展总公司将厦宜厂租赁给厦门市华乐电缆有限公司经营十年，自1998年7月21日起至2007年12月31日止。租赁后，厦宜厂行政隶属关系不变，仍属厦门市思明区下属企业，其行政主管部门仍为思明区经贸局。租赁期满后，厦宜厂交由厦门市华乐电缆有限公司使用；厦宜厂原职工归厦门市思明区建设发展总公司负责安置，厦门市华乐电缆有限公司不承担责任，厦宜厂的工会移交事项遵照工会法的程序办理。该合同经双方签字后生效。2000年，厦门市华乐电缆有限公司、厦门市思明区建设发展总公司、厦门市思明区国有资产投资有限公司三方共同签订《关于租赁厦宜电线电缆厂"租赁合同书"的补充协议》，约定厦门市华乐电缆有限公司付清一次性租金后，租赁厦宜厂一事与厦门市思明区建设发展总公司无关，今后有关租赁事宜由厦门市思明区国有资产投资有限公司负责。另查明：杜清水未办理过社保手续。

2011年1月25日，杜清水向厦门市湖里区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求：1. 确认杜清水与厦宜厂自1985年1月26日起至今存在劳动关系。2. 厦宜厂为杜清水补缴1985年1月至今的社会保险。同年4月1日，厦门市湖里区劳动争议仲裁委员会以仲裁请求超过法定时效为由，裁决驳回杜清水的仲裁申请。杜清水不服仲裁裁决，向法院起诉。

【案件焦点】

1. 国有企业与其他企业合资成立新的企业后，原国有企业"两不找"劳动关系中的劳动者是否与新的企业成立劳动关系；2. 商号租赁是否引起劳动关系主体的变化；3. 历史遗留的"两不找"劳动关系的劳动者主张权利的诉讼时效应如何计算。

【法院裁判要旨】

厦门市湖里区法院认为，杜清水原系厦门市向阳造纸厂职工，1984年杜清水与厦门市向阳造纸厂形成"两不找"的劳动关系。"两不找"是指因用人单位经营

不景气，单位与职工约定或未经协商自然形成的单位不给职工发工资、职工不找单位安排工作的不规范的劳动关系。这种劳动关系作为特殊历史时期的产物，虽然并不规范，仍然应该予以保护，不应认定“两不找”时劳动关系已解除。杜清水在本案中提交的《关于对杜清水同志的除名处理决定》，系厦门市厦宜电线电缆实业公司作出的，虽系复印件，但在复印件上加盖了厦门市思明区建设发展总公司的公章，本院对该证据的真实性和关联性均予以确认。除名的前提是具有劳动关系，因此可以认定1985年厦门市向阳造纸厂与湖北红旗电缆厂合资兴办了厦门市厦宜电线电缆实业公司后，杜清水的人事关系随之转移，杜清水与厦门市厦宜电线电缆实业公司建立了劳动关系，亦延续了“两不找”劳动关系。在本案中，厦宜厂并未举证证明其曾通知杜清水回厂上班，而杜清水拒不服从工作安排，也未举证证明1987年作出除名决定后，曾将该除名决定告知杜清水，故厦宜厂作出的除名决定仅是单方行为，不符合《企业职工奖惩条例》关于除名处理的程序要求，并不能解除双方的劳动关系。1997年厦门市华乐电缆有限公司租用厦宜厂时，虽与厦门市思明区建设发展总公司约定，厦宜厂原职工归厦门市思明区建设发展总公司负责安置，厦门市华乐电缆有限公司不承担责任，但该约定的约束力仅及于合同的相对方，对于杜清水无法律约束力。厦宜厂自成立起，虽历经商号租赁、公司名称变更，但其主体资格一直存续，故厦宜厂作为用人单位仍应承担与杜清水劳动关系中的相应义务。

2000年出台的《厦门市人民政府转发福建省劳动和社会保障厅关于进一步理顺国有企业劳动关系及用人单位做好劳动合同管理工作的意见》要求厦门市国有企业（集体所有制企业参照执行）应于2000年11月底前完成对包括“两不找”在内的职工的理顺劳动关系工作。厦宜厂也未按照上述意见对杜清水的劳动关系进行清理。杜清水作为普通劳动者，未获单位通知，难以知晓上述意见。故本案的诉讼时效，不能从1987年厦宜厂单方作出除名决定起算，也不能从2000年12月起算，厦宜厂关于本案中杜清水的诉求已超过诉讼时效的抗辩意见，本院不予采纳。综上，本院对杜清水要求确认其与厦宜厂存在劳动关系的诉讼请求给予支持。厦宜厂至今未为杜清水办理社保，杜清水要求厦宜厂为其补缴1985年元月至今的社会保险费。本院认为，根据法律规定，厦宜厂作为用人单位应为杜清水办理社会保险，但办理社保手续后的补缴事宜，属于行政管理事项，不属法院劳动争议案件审理范围，故

对杜清水的该项诉求，本院部分予以支持。

厦门市湖里区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第二条、第十七条、第七十二条，《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

一、确认原告杜清水与被告厦门市厦宜电线电缆厂自1985年1月起至今存在劳动关系。

二、被告厦门市厦宜电线电缆厂应于本判决生效之日起十日内为原告杜清水补办社会保险手续。

三、驳回原告杜清水的其他诉讼请求。

一审宣判后，厦门市厦宜电线电缆厂提起上诉，厦门市中级人民法院经审理，对一审查明的案件事实与证据予以确认，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

关于开除的法定程序问题。《企业职工奖惩条例》于1982年4月10日生效施行，于2008年1月15日废止。开除是该条例所规定的最严厉的处分方式，故而必须遵照严格的程序方能发生法律效力。即：1. 弄清事实，取得证据。对职工违纪事实要查清，对所取得的证据要认真审核，以保证违纪事实确凿无误。结论材料要向本人公示并允许其申辩，如确实不符，应予改正。2. 厂长（经理）提出开除处理意见。3. 召开职工代表大会或职工大会讨论后决定。4. 将开除处分决定报告企业的主管部门和企业所在地劳动部门备案。5. 将《开除通知书》发给本人。本案中，厦宜厂的除名决定是其单方作出的，并未通知或送达杜清水，故并不发生法律效力。

关于诉讼时效起算时间问题。根据原劳动人事部《关于企业职工奖惩条例若干问题的解答意见》（劳人劳［1983］2号）第十九条和劳动部办公厅《关于企业职工奖惩条例是否适用于劳动合同制工人有关问题的复函》（劳办力字［1992］57号）第二条规定，被开除除名的职工如果对开除、除名的决定不服，一般情况下，申诉时效应从用人单位公布决定（或解除劳动合同）之日算起；如果开除、除名职工不在，则从职工接到通知之日或用其他送达方式将通知送达之日算起。原劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第八十五条规定：“劳动争议发生之

日”是指当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日”。《最高法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第一条规定：“因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。”本案的诉讼时效应从杜清水提起仲裁申请之日起算。

关于“两不找”法律关系中劳动者权益问题。“两不找”不是一个法律概念，其是在特殊历史时期产生的一种不规范的劳动关系。这种不规范的劳动关系容易损害劳动者的合法权益，给社会稳定带来潜在的隐患。“两不找”不同于下岗、失业，缺乏有针对性的法律法规和社会救济对其予以保护。由于“两不找”关系存续时间长，用人单位常常因改制重组、合资合并或分立等，主体身份发生复杂的变化，档案材料丢失或缺损的情况并不鲜见，一些劳动者丢失了人事档案，导致今后就业等的困难。“两不找”的劳动者既无法从原单位取得工资收入，也不能领取下岗职工的基本生活费或失业保险，不适用政府扶持下岗再就业的优惠政策。故而一些“两不找”劳动者只能靠打临工生活，收入微薄，境遇艰难。这些人年老失去劳动能力后，如果“老无所依”，将引起较为尖锐的社会矛盾。由于“两不找”劳动关系跨越了不同政策法规的生效期间，社会保险制度也发生了变化，社保待遇常常成为“两不找”劳动纠纷的争议点。法院在审理这类案件过程中，需要十分审慎，在查明案件事实的基础上，正确适用法律规定作出裁判，既考虑裁判的法律效果，又要结合社会历史条件考虑裁判的社会效果，切实保护用人单位和劳动者的合法权益，使劳动者“老有所依”，维护社会的和谐稳定。本人认为，“两不找”劳动关系存续期间，除双方有特殊约定外，用人单位虽无须支付劳动者最低工资或生活费，但应按规定为劳动者办理社会保险，以确保劳动者的基本生存保障。

编写人：福建省厦门市湖里区人民法院　邵昀

3

从事配送服务是否与企业构成劳动关系的认定

——高继发诉山东得益乳业股份有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2012）淄民三终字第154号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：高继发

被告（上诉人）：山东得益乳业股份有限公司（以下简称得益乳业）

【基本案情】

2003年1月至2011年6月，高继发通过竞标先后在得益乳业的华管会、大化纤奶站配送站任配送站站长。2003年1月25日，得益乳业收取高继发奶站保证金10000元。2003年至2005年，得益乳业与高继发双方签订配送站站长经济目标责任书、配送协议，约定高继发为得益乳业配送奶制品，得益乳业按月支付高继发配送费。得益乳业、高继发双方还与第三方岳丽琴签订担保书一份，约定当高继发不履行债务或造成损失时，由岳丽琴提供连带担保，保证范围为主债权及利息、违约金等。后高继发向淄博市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求得益乳业出具解除劳动合同证明书，并支付工资、保证金、经济损失、带薪年休假工资及经济补偿金、解除劳动合同经济补偿金、额外经济补偿金、解除劳动合同赔偿金等。

【案件焦点】

高继发与得益乳业之间是否形成劳动关系。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市高新技术产业开发区人民法院经审理认为：高继发提供的工作证仅能证明其按照双方签订的配送协议为得益乳业提供奶制品的配送服务，且其持有该工作证是基于高继发完成配送服务、领取奶制品的业务需要，不能据此认定双方之间存在劳动关系。高继发提供的经济目标责任书、担保书能够证明2003年1月至2011年6月期间高继发为得益乳业提供奶制品的配送服务及得益乳业支付配送费的事实。从经济目标责任书、担保书载明的内容看，双方约定了高继发的工作内容、销售额和得益乳业应为高继发提供的条件，同时由第三方承担连带保证责任，由此可以看出，在高继发为得益乳业提供配送服务的过程中，得益乳业并没有规定高继发应遵守得益乳业的单位规章制度。高继发不受得益乳业的工作管理，配送站的货款和账目由高继发自行管理负责，得益乳业不向高继发发放工资和进行日常考勤管理，高继发在配送过程中享有自主支配权，与得益乳业之间不具有组织和行为的从属性。综上，双方之间的法律关系不属于劳动关系。因高继发未能提供有效证据证明双方存在事实劳动关系，故高继发提出的各项诉讼请求，缺乏事实依据和法律依据，不予支持。据此，一审判决驳回高继发的诉讼请求。

高继发不服一审判决提起上诉称：我与得益乳业符合法律规定的劳动关系的主体资格，我的工资均由得益乳业发放，并根据得益乳业的配送时间决定我的工作时间；配送站站长的职务系通过竞争上岗的方式内部竞聘，不属于社会公开招标。因此，我与得益乳业之间系劳动关系。据此，请求二审法院依法发回重审。

山东省淄博市中级人民法院认为：高继发与得益乳业签订有经济目标责任书，责任书中不具备建立劳动关系的相关条款，并且由第三人作担保，说明高继发与得益乳业是平等主体之间的经济关系。高继发所获得的收入实际是得益乳业按照双方之间的协议支付给高继发的配送费。高继发所称的遵守得益乳业的工作时间和工作制度，实际系依据双方之间的协议，遵守配送时间和配送流程，是与其经营活动密切相关的，而非单位的正常生产经营、工作时间、安全管理、工资福利等涉及劳动关系的制度。高继发在配送过程中享有自主支配权，与得益乳业之间不具有组织和行为的从属性。高继发提供的工作证，得益乳业已作出合理解释，证明该工作证是基于高继发完成配送服务、领取奶制品的业务需要而制发。高继发获得配送机会是其参与得益乳业的公开竞标，而非单位内部的竞争上岗。综上，高继发未能提供有

效证据证明双方存在事实劳动关系，原审认定高继发与得益乳业之间的法律关系不属于劳动关系，并无不当。对高继发的上诉请求，不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，依法予以维持。据此，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十二条、第一百五十三条第一款第（一）项、第一百五十八条之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案主要涉及劳动关系的认定问题。劳动关系是用人单位与劳动者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。在实际生活中，用人单位没有与劳动者签订劳动合同的现象较为普遍，但只要双方实际履行了上述权利义务，即形成事实劳动关系。劳动关系的特征主要有以下几点：一是劳动者和用人单位是建立劳动关系的主体；二是劳动关系是劳动者与用人单位在劳动过程中以劳动力和相应的报酬作为对价建立的社会经济关系；三是劳动关系存续期间，用人单位对劳动者具有用工管理权，双方形成人身隶属关系。从上述劳动关系的特征来看，用人单位与劳动者之间地位并不完全平等，因此劳动关系区别于一般的平等主体之间的民事关系。

对于如何认定劳动关系，我国法律法规并无非常明确的规定，但原劳动和社会保障部于2002年就确立劳动关系有关事项下发的通知中对此有明确的规定：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：(1）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（2）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(3）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。从劳动关系认定的角度来说，上述客观情形是人民法院在审理案件过程中认定劳动关系的判断依据。因此，不接受用人单位管理、约束、支配，以自己的技能、设施、知识承担经营风险，基本不用听从单位有关工作指令，与用人单位没有身份隶属关系的，不构成用人单位的劳动者。从本案来看，高继发与得益乳业签订的经济目标责任书中不具备建立劳动关系的相关条款，且由第三人作担保，说明高继发与得益乳业是平等主体之间的经济关系。另外高继发在配送过程中享有自主支配权，其与得

益乳业之间不具有组织和行为的从属性。因此，高继发与得益乳业之间并不符合劳动关系的特征，二者之间并不构成劳动关系。

编写人：山东省淄博市中级人民法院　胡晓梅　荣明潇

4

送奶工与乳业公司之间存在劳动关系还是承揽关系

——于光英诉广西皇氏甲天下乳业股份有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2012）南市民一终字第913号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：于光英

被告（被上诉人）：广西皇氏甲天下乳业股份有限公司

【基本案情】

2006年3月起，原告到被告处担任送奶员，自备交通工具，负责每天早上在规定的时间按规定路线将牛奶送到配送区域的客户处，并上门代收奶款。2006年3月2日，原告向被告交纳了保证金500元。原告入职后，被告即每月从发放给其的“工资”中扣除50元用以交纳储备金（即押金），以备工作中出现奶瓶缺损情况时进行扣赔，直至2009年2月，共计扣交储备金2150元。2009年2月24日，原告停止送奶工作，离开被告处，同年6月5日双方办理了工作交接，但未将保证金退回给原告，在《销售公司送奶员调离交接手续单》上记载着奶款、空瓶、征订单、领用物资交接清楚，押金未予退回。

被告于2009年5月25日制定的《关于奶站人员工作服管理的规定》，要求送

奶员上班时间统一着装，不遵守着装规定的处以相应罚款。

为明确公司与送奶员之间的权利义务，被告于2008年元月下发通知，要求所有送奶员与公司签订《配送合同书》。其中约定，牛奶配送人员负责被告生产销售的系列产品在南宁市内的上门配送业务，同时协助被告开展客户征订、空瓶回收及货款回收工作，必要时根据业务发展需要协助被告做好促销活动，被告按配送要求及配送人员的配送量给予相应配送费用，配送人员自行解决产品配送所需的交通工具等工作用具；配送人员开展的配送范围内的业务应接受被告的监督，未经被告许可，配送人员不得配送其他品牌竞争性产品，亦不得私自更改配送路线，不得私自将配送区域内的客户转移给任何第三方，否则被告有权终止合同，追究法律责任或经济补偿；每月20日前，被告根据配送人员上月配送品种、配送量按相应费用计算得出配送人员上月配送费用并以货币形式向其支付。双方还对其他事项进行了约定。原告虽未与被告签约，但其权利义务与待遇和其他签约员工一致。

【案件焦点】

于光英与广西皇氏甲天下乳业股份有限公司是劳动关系还是承揽关系。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院认为：原告主张与被告存在劳动关系，应当提供证据予以证明，但其提交的“工作牌”上没有其照片及被告公司的公章，被告亦不认可，故本院不予采信；原告提交的银行对账单仅能证明被告每月向原告支付了费用，《销售公司送奶员调离交接手续单》也仅能证明原告离开被告处办理的交接手续，原、被告未签订任何书面协议。故判断双方是否存在劳动关系，应结合原、被告之间的用工形式，并结合劳动关系的本质属性和重要特征，进行综合认定。

首先，劳动关系中，劳动者的劳动给付行为具有高度的人身属性、不能替代性，劳动者在劳动过程中，受用人单位的指挥或管理。本案中，被告对原告的权利义务及待遇与签订《配送合同书》的牛奶配送人员相同，均是自备运输工具，对送奶员的送奶和订奶采用何方式、选用何种工具并无限制要求，对送奶任务的安排有很强的自主权，并非如与单位建立劳动关系的员工一样，随时听从单位的调遣；虽然被告对送奶人员规定每天上班时间统一着装，每天早上要在规定的时间按规定路

线将牛奶送到配送区域的客户处，工作时间和工作地点相对固定，且工作时间表面似有拘束性，但这种对时间的要求是送奶业务内在的特殊时效性所决定的，并非基于劳动管理的需要，即使不建立劳动关系，送奶人员要开展送奶业务，也需要遵守牛奶配送业务内在的特殊时效性的要求，因此，被告对原告不是一种严格的劳动管理；同时被告对送奶人员的订奶时间也没有限制；送奶人员负责配送上门业务的同时，还协助公司开展客户征订、空瓶回收及货款回收工作，必要时根据业务需要协助公司做好促销活动，按公司配送要求及配送量给予相应配送费用，但牛奶配送人员的具体工作场所并不由被告事先决定，工作场所没有明显的预定性。综上可以认定，被告对原告的劳动过程实行指挥或监督的影响程度低，原告自主性高，人身依附性不强，双方不存在从属关系。

其次，劳动关系中，劳动者的工作报酬主要取决于其提供的劳动，而不是劳动结果。从本案工资发放形式来看，被告向原告发放劳务报酬是以件为单位，根据其送奶、订奶的数额来决定报酬的多少，与其送奶、订奶的过程没有关系，不符合劳动关系的特征。所以，双方的关系不符合劳动关系的基本特征，不属于劳动关系，而是按劳动成果支付报酬的承揽合同关系。

鉴于原、被告不存在劳动关系，原告主张给付双倍工资差额及赔偿失业金损失没有依据，不予支持。关于工作保证金 500 元、储备金 2150 元，原告已办理了停止送奶的交接手续，并未记载有物品缺损需要扣款的情况，原告现诉请被告退回，合法有据，予以支持。原告 2009 年 2 月 23 日已停止送奶，无证据证明其自该日起至同年 6 月 5 日仍在被告处担任培训工作，其诉请该期间的报酬于法无据，不予支持。

依照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（法释［2001］14 号）第二条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条及《中华人民共和国合同法》第九十七条、第九十八条之规定，作出如下判决：

一、被告广西皇氏甲天下乳业股份有限公司退回原告于光英保证金 500 元；

二、被告广西皇氏甲天下乳业股份有限公司退回原告于光英储备金 2150 元；

三、驳回原告于光英关于支付 2008 年 2 月 23 日至 2009 年 6 月 5 日工资的诉讼请求；

四、驳回原告于光英关于支付 2008 年 1 月 1 日至 2009 年 6 月 5 日双倍工资差

额的诉讼请求；

五、驳回原告于光英关于支付失业金损失的诉讼请求。

于光英不服一审判决提起上诉，南宁市中级人民法院认为：1. 被上诉人对送奶员的订奶时间没有限制，送奶员的工作场所也没有明显的预定性，虽规定每天早上要在规定的时间将牛奶送到配送区域的客户处，但这种时间的要求是送奶业务内在的特殊时效性所决定的，故上诉人与被上诉人之间不存在劳动关系的从属关系；2. 被上诉人关心的是送奶的结果，即牛奶是否按照其内在的时效要求送达订户，对送奶的过程并无监管，双方之间不符合劳动关系重过程的重要特征；3. 上诉人的报酬多少取决于其送奶、订奶的数额，与其送奶、订奶的过程无关。综上，上诉人与被上诉人之间不符合劳动关系的本质属性和重要特征，不属于劳动关系。上诉人于光英的上诉理由不成立，对其上诉请求不予支持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项、第一百五十八条之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

乳业公司一般都会在城市设立多处集中配送点，每天清晨，有成百上千名送奶工从这些配送点出发，将新鲜的牛奶送到客户处。多年来，乳业公司以件为单位，按送奶工送奶的多少支付报酬，未给送奶工办理社保，乳业公司与送奶工之间形成的法律关系是劳动关系，还是承揽合同关系，颇有争议。准确判断双方之间的法律关系，需从两者的属性和特征入手。劳动关系是指用人单位与劳动者之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬并受劳动保护所产生的法律关系。而承揽合同关系是指承揽人按照定作人的要求完成一定的工作，交付工作成果，定作人接受工作成果并给付报酬而在双方当事人之间形成的法律关系。两者的区别主要在于：

1. 劳动关系的本质属性在于劳动者与用人单位之间存在从属（隶属）关系，即劳动者受用人单位的指挥或监管，自主性低；承揽人对工作如何安排拥有完全的自主权，定作人无权干预，承揽人的劳动是一种独立劳动，没有人身依附性。

2. 劳动关系中，用人单位不仅重视劳动结果，也重视劳动过程，劳动者提供的是无形的劳务给付，以供给劳务本身为目的；而在承揽关系中，承揽合同的标的

着重表现为物化的劳动成果，重在有形工作的完成，是以提供通过劳务产生的工作成果为目的的。可见，劳动关系侧重于劳动者出卖劳动力的行为，承揽关系则侧重于通过劳动完成的劳动成果，而不是工作本身或过程。

3. 报酬的支付标准也不同，在劳动关系中，劳动者正常提供劳动的，享有最低的工资保障，劳动者的工作报酬主要取决于其提供的劳动，而不是工作结果。工资按一定时间来计量和支付，表现为日工资、周工资、月工资等。而承揽合同注重的是工作成果，按劳动者提供的劳动成果的多少支付报酬，主要表现形式是计件报酬。

本案中，送奶工没有受乳业公司的监管和考勤，与乳业公司之间不存在人身依附性，乳业公司注重的仅是送奶工是否完成了送奶等工作，报酬也是按所送牛奶的数额来计付，可见，双方之间存在的是承揽关系，而不是劳动关系。

应当说，这种弹性的用工方法对劳动者、企业和社会三方都是有利的。对劳动者来说，通过送奶这种灵活用工方式，可以增加收入。对企业来说，可以有效减少用工成本。对社会来说，能够达到实现充分就业和增加企业利润的双重利好。

编写人：广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院　刘春花　邱旭梅

5

内退员工能否与其他用人单位建立双重劳动关系

——路永丰诉北京市通州区北苑小学劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第14521号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：路永丰

被告（上诉人）：北京市通州区北苑小学（以下简称北苑小学）

【基本案情】

路永丰系下岗待业人员，其于2011年3月16日入职北京市通州区北苑学校（该学校于2012年3月14日变更为北京市通州区北苑小学），双方签订有期限为2011年1月1日至同年12月31日的《协议书》一份，约定用人单位为北苑学校（甲方），被聘人员为路永丰（乙方）；乙方严格遵守学校的各项规章制度，服从学校领导管理和听从指挥；月工资为1160元；双方还约定了其他事项。该协议书到期后，路永丰继续在北苑小学工作。2012年1月31日，因路永丰与北苑小学其他职工发生争执，北苑小学向路永丰提出解除劳动关系，路永丰同意后离职。路永丰任职北苑小学期间，其原用人单位仍每月支付其基本生活费，并为其缴纳社会保险费用。

诉讼中，北苑小学主张其与路永丰之间系劳务关系，其单位在雇佣路永丰时明确向路永丰说明因其和原单位尚存劳动关系，故约定工作方式为上班24小时休息24小时，不区分节假日，劳务费按月固定发放。路永丰对北苑小学的陈述不予认可，称其与北苑小学之间为劳动关系，北苑小学应支付其节假日加班费及延时加班费。

【案件焦点】

路永丰作为下岗待业人员，在其与原单位之间的劳动关系并未终止的情况下，能否与新的用人单位建立劳动关系？

【法院裁判要旨】

关于北苑小学与路永丰之间是否存在劳动关系一节，北苑小学主张路永丰因系下岗待业人员而与原单位的劳动关系尚未解除，且其单位与路永丰签订有劳务协议书，故双方不存在劳动关系。但《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第八条规定："企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理"，故路永丰的下岗待业人员身份并不必然妨碍其与北苑小学之间劳动关系的建立。结合《协议书》中约定的

路永丰接受北苑小学管理并遵循各项规章制度以及路永丰提供劳动的作息规律等因素，足以判断出北苑小学与路永丰之间具有管理和被管理性质上的人身隶属关系，且路永丰在北苑小学安排下所提供的有报酬的劳动系北苑小学日常工作能够正常运转的必要组成部分。综上，原审法院确认北苑小学与路永丰之间形成劳动关系，并无不当。

北苑小学提出上诉，北京市第二中级人民法院依照原《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

路永丰作为下岗职工与新的工作单位北苑小学之间是否存在劳动关系，是本案诉争的首要问题。若双方存在劳动关系，则进一步根据有关规定解决未签订书面劳动合同双倍工资差额、解除劳动关系经济补偿金和加班费问题。

路永丰与北苑小学之间是否存在劳动关系，涉及双重劳动关系的认定。

一种观点认为：我国劳动法律法规虽然没有具体的条款规定劳动关系存在唯一性和排他性，但是由于劳动关系的人身属性，在同一时期内劳动者仅能与一个用人单位建立劳动关系；且从劳动关系的形式要件、订立劳动合同的必备条款以及工资、人事档案和社会保险关系而言，劳动者在同一时期仅能与一个用人单位建立劳动关系。该种观点还认为：劳动关系的唯一性是与我国劳动力过剩的现实相适应的，禁止双重劳动关系存在的目的在于保护每一位劳动者的平等就业权和劳动参与权。

但另一种观点认为，虽然从整体劳动力市场上看，劳动者在同一时期与一个用人单位建立劳动关系是劳资关系存在的主要形式，但是特殊情形下劳动者与两个或者两个以上的用人单位建立劳动关系的情形也大量存在，若不加区别地禁止双重劳动关系，则难以将现实存在的双重劳动关系纳入劳动法律法规的调整范围，不能达到规范劳动力市场、促进经济发展和扩大就业的立法宗旨；且劳动者和用人单位在权责不明的情况下，也会抑制劳动力的解放和充分利用。

当前的社会实践中，为配合计划经济向市场经济的有序过渡和实现国有、集体经济的减员增效的长期目标，经济体制转型造成企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员的大量存在。为解决此类人员的再就业问题，我国劳动法规对双重劳动关系的建立做出了例外性规

定，将上述几类人员与新的用人单位之间因用工而产生争议，纳入劳动关系案件的审理范围，这有利于依法保障劳动力就业市场的有序运转。

劳动者与新的用人单位之间因劳动关系产生的争议应当适用劳动法律、法规。具体而言，第一，新的用人单位有缴纳社会保险的义务。第二，劳动者于新用人单位工作期间发生工伤事故的，应当由新用人单位承担工伤待遇的各项义务。第三，劳动合同解除或终止后新的用人单位有补偿的义务。在劳动者与新用人单位解除或终止劳动合同时，有关解除权的产生、行使以及解除或终止后的法律后果，都应当适用《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定。

本案中，路永丰在职北苑小学期间，原用人单位虽仍每月固定向路永丰支付基本生活费，并为其缴纳社会保险费用，但并不影响其与新用人单位北苑小学之间劳动关系的建立，即双方均具备劳动关系建立的主体要件。另，从双方签订的《协议书》的形式看，虽然并不具有劳动合同书之名，但是其中约定的各项条款符合劳动合同的实质要件。路永丰严格遵守北苑小学的各项规章制度，服从学校领导管理和指挥，工资按月发放，上述因素足以判断出北苑小学与路永丰之间具有管理和被管理性质上的人身隶属关系，且路永丰在北苑小学安排下所提供的有报酬的劳动系北苑小学日常工作能够正常运转的必要组成部分。综上，双方存在劳动关系的实质特征，故应在劳动关系存续的框架下处理本案其他争议。

编写人：北京市第二中级人民法院　朱涛

6

达到法定退休年龄的农民工和用人单位之间的法律关系

——孟清霞诉欧艾斯物业管理（北京）有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第15755号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：孟清霞

被告（被上诉人）：欧艾斯物业管理（北京）有限公司（以下简称欧艾斯公司）

【基本案情】

原告孟清霞于2010年10月1日入职被告欧艾斯公司，从事保洁工作。2012年3月26日，欧艾斯公司没有说明原因就通知孟清霞不要再来上班，孟清霞于当日离开公司。

后双方发生争议，孟清霞向北京市朝阳区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，该仲裁委员会于2012年4月20日出具京朝劳仲不字〔2012〕第00648号不予受理通知书。孟清霞不服仲裁裁决诉至法院，请求欧艾斯公司给付：1. 2012年3月1日至2012年3月26日拖欠的工资2206.8元及25%的经济赔偿金551.7元；2. 2011年3月1日至2012年3月1日期间因未签订书面劳动合同的双倍工资差额2400元×11个月=26400元；3. 2010年11月1日至2012年3月20日加班费21901.08（延时加班费2400元/21.75天/8小时×282天×2小时/天=7777.56元；双休日加班费2400/21.75×104天=11475.36元；法定节假日2400元/21.75天×3×8天=2648.16元）；4. 违法解除劳动关系经济赔偿金4800元。欧艾斯公司认为孟清霞2010年10月入职该公司时已经超过法定退休年龄，双方是劳务关系，不是劳动关系，故不同意孟清霞所有诉讼请求。

【案件焦点】

达到法定退休年龄且未享受养老保险待遇或领取退休金的农民与用人单位之间的法律关系的性质。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条的规定："劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止"。孟清霞在2010年10月1日入职欧艾斯公司时已经超过法定退休年龄，故其与欧艾斯公司之间系劳务关系，其全部诉讼请求均以与欧艾斯公司存在劳动关系为前提，本院不

能予以支持。综上，依照《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条之规定，判决如下：驳回原告孟清霞的全部诉讼请求。

孟清霞不服一审判决，持原审起诉意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。本案中孟清霞的上诉请求均基于其与欧艾斯公司之间存在劳动关系提出，而根据已查明的事实，孟清霞在入职欧艾斯公司时即已超过法定退休年龄，其与欧艾斯公司之间不宜按劳动关系处理，故原审法院判决驳回孟清霞的诉讼请求，并无不妥。孟清霞的上诉请求，缺乏法律依据，本院难以支持。其与欧艾斯公司之间的民事纠纷可通过其他途径解决。综上，原判正确。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，本院判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

实践中，达到法定退休年龄与享受养老保险待遇之间存在如下几种事实关系：(1) 达到法定退休年龄并开始享受养老保险待遇，这是大多数退休劳动者的应然归宿；(2) 达到法定退休年龄，但未享受养老保险待遇，造成这种状态的原因有很多，比如缴费年限不够。(3) 未达到法定退休年龄，但开始享受养老保险相关待遇，这主要是指因病退提前退休等情形。(4) 未达到达到法定退休年龄也未开始享受养老保险待遇，这是在职劳动者的状态。

法律规范层面，达到法定退休年龄与享受养老保险待遇之间有如下适用关系：(1)《劳动合同法》第四十四条规定："有下列情形之一的，劳动合同终止：劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的……"；(2)《劳动合同法实施条例》第二十一条规定："劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止"；(3)《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定："用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理"。

因达到法定退休年龄与享受养老保险待遇的时间可能并不一致，从劳动者生活保障的角度出发，应以开始享受养老保险待遇的时间作为劳动关系和劳务关系的分界时点。而对于农民和农民工而言，法定退休年龄和养老保险待遇问题具有一定特

殊性。首先，农民、农民工是和土地结合在一起的，不因年龄的大小、是否享受养老保险待遇而丧失土地承包经营资格，生活有一定保障；其次，农民不存在“退休”，也没有硬性退休年龄，只是新型农村社会养老保险的享受年龄参照了企业职工法定退休年龄；最后，目前农民和农民工社会保险覆盖率较低，很多农民和农民工未缴纳任何养老保险，也就不存在到达法定退休年龄后能否享受养老保险待遇的问题。

达到法定退休年龄且享受养老保险待遇的劳动者通常并未丧失劳动能力，之所以将他们与用人单位之间的关系按劳务关系处理，是出于社会政策的考虑。劳动力退出机制有利于保持劳动力就业结构的良性循环，一方面保证年老劳动者老有所养，另一方面促使年青劳动者充分就业，从这个角度说，法律规定达到法定退休年龄、享受养老保险的劳动者与用人单位形成的关系按劳务关系处理是有充分社会政策依据的。对于根本无法享受养老保险待遇的劳动者，按照法定退休年龄作为界定劳动关系与劳务关系的时间点也是符合上述政策精神的。

编写人：北京市朝阳区人民法院　程立武

7

分期付款购车的实际车主雇佣的司机与保留车辆所有权的汽车销售公司是否存在劳动关系

——河间市城苑汽车销售服务有限公司诉赵志奎劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

河北省沧州市河间市人民法院（2011）河民初字第494号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：河间市城苑汽车销售服务有限公司（以下简称城苑公司）

被告：赵志奎

【基本案情】

2010年1月14日，原告与钟志高签订分期付款购车合同，钟志高以分期付款的方式购买原告名下的欧曼汽车一辆，价格386000元，付款期限自2010年1月14日至2011年1月13日。钟志高向原告交首付195398元，剩余车款27万元由原告垫付，钟志高每月支付原告车款和利息23524元。该购车合同第三条第二款约定："在乙方（钟志高）未还清城苑汽车销售公司本息前，所购车辆所有权归甲方（即原告）所有。乙方还清欠款及利息后，车辆可过户给乙方，所有权归乙方所有，过户费由乙方承担，如继续使用甲方户名应与甲方签订车辆挂靠协议。"后钟志高雇用赵志奎为司机，从事货物运输。2010年4月25日，赵志奎在卸货过程中受伤，其认为按合同的约定，该车的所有权并没有转移，所有权人是原告，赵志奎实际是为原告开车，是原告的司机，与原告存在事实劳动关系。赵志奎遂于2010年11月25日向河间市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，河间市劳动争议仲裁委员会认为原告与被告符合劳动法律、法规规定的主体资格，钟志高以分期付款方式与原告签订购车合同，期间雇用被告开车。原告是机动车在车辆登记管理部门的所有权人，钟志高以原告的名义从事经营，与原告形成表见代理关系，原告应承担相应的责任，故裁决城苑公司与赵志奎存在劳动关系。城苑公司认为车辆实际所有人为钟志高。钟志高购买车辆后，独立经营，原告既不参与车辆的行驶和运营，也不从车辆的行驶和运营中获取任何收益。赵志奎与购车人钟志高均不是城苑公司职工，不受公司管理约束，城苑公司也从未向其支付过劳动报酬，原告与钟志高只是车辆买卖合同关系。购车人钟志高雇佣赵志奎为其开车及赵志奎受伤，原告均不知情，被告与原告之间不存在事实劳动关系。故河间市劳动争议仲裁委员会作出河劳仲案字［2010］第052号仲裁裁决书裁决赵志奎与城苑公司存在事实劳动关系是错误的。

【案件焦点】

实际车主以分期付款的形式购买汽车销售服务公司的货车后独立经营，但由汽车销售服务公司保留车辆所有权，实际车主雇佣的司机与汽车销售服务公司是否形成劳动关系。

【法院裁判要旨】

河北省沧州市河间市人民法院经审理认为：事实劳动关系是指用人单位与劳动者没有订立书面合同，但双方实际履行了劳动权利义务而形成的劳动关系。原被告双方虽符合劳动法律、法规规定的主体资格，但被告赵志奎的工作不受原告的管理约束，原告也不向被告支付劳动报酬，双方没有人身上与组织上的从属性，故双方不构成劳动关系。被告主张根据合同约定，在钟志高取得该车所有权后“如继续使用甲方户名，应与甲方签订车辆挂靠协议”，由此可见钟志高在使用该车时，与原告存在着挂靠关系。河间市人民法院认为，原告与钟志高签订的是分期付款购车合同，合同内容也并未表明双方是挂靠关系，双方也未签订挂靠协议，车辆虽登记所有权人为原告，但原告仅保留所有权，钟志高购买车辆后，独立经营，原告不参与车辆的行驶和运营，也不从车辆的行驶和运营中获取收益。故被告赵志奎主张原告与钟志高之间存在挂靠关系证据不足。综上，依据《中华人民共和国劳动法》第二条、关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见第二条之规定判决如下：

原告河间市城苑汽车销售服务有限公司与被告赵志奎不存在事实劳动关系。

【法官后语】

劳动关系与雇佣关系在实际审判中应如何区分认定？本案中实际车主购买车辆后独立运营，司机是车主聘用的，工资是车主发放的，也是为车主的利益工作，但双方在合同关系上具有平等性，不具有人身和组织上的隶属性，故司机与车主之间为雇佣法律关系。本案争议焦点为司机与汽车销售服务公司是否存在劳动关系，本案中司机与汽车销售服务公司不具有劳动关系的法律特征，其两者之间是否形成劳动关系，下面笔者从两个方面进行分析：

1. 劳动关系的认定。劳动者与用人单位形成劳动关系有两种情况，一是双方签订劳动合同，以书面形式确定双方存在劳动关系；二是符合劳动和社会保障部劳社部发（2005）12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》中规定的三个条件：(1) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(2) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(3) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。结合本案中，原告是汽车销售服务公司，被告赵志奎受实际车主钟志高雇佣，为钟志高提

供劳动，钟志高为其支付劳动报酬。赵志奎与原告河间市城苑汽车销售服务有限公司之间未签订劳动合同，原告的各项规章制度均不适用于被告赵志奎，赵志奎提供的劳动也不是原告河间市城苑汽车销售服务有限公司业务的组成部分，赵志奎也不受原告管理，原告也从未向其支付报酬，原被告之间不具备形成劳动关系的条件，所以双方不存在劳动关系。

2. 车辆挂靠相关法律规定是否适用本案。《最高人民法院关于车辆挂靠其他单位经营，车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复》：个人购买车辆挂靠其他单位且以挂靠单位名义对外经营的，其聘用的司机与挂靠单位之间形成事实劳动关系，在车辆营运中伤亡的，应当适用《劳动法》和《工伤保险条例》的有关规定认定是否构成工伤。而该案与上述情况不同，故不能适用该规定。本案中实际车主与河间市城苑汽车销售服务有限公司之间主要是汽车购销关系，并非挂靠关系。城苑公司与钟志高签订的购车协议中表明双方之间不存在挂靠关系。汽车销售服务有限公司提供的是分期付款购车及相关服务，其保留车辆所有权的目的是为了保障车款得到偿还，而不是从车辆的运营中获取利益，对车主购车后的经营活动，汽车销售服务有限公司也不参与。同时，实际车主雇佣的司机完全按实际车主的要求提供劳动，劳动报酬的给付也由司机和实际车主协商确定。

编写人：河北省沧州市河间市人民法院　陈金薇

8

未签订劳动合同但由用人单位车间承租人支付劳动者工资的，劳动关系如何认定

——贾广富诉广昊公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第3627号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：北京北方广昊工贸有限公司（以下简称广昊公司）

被告（上诉人）：贾广富

【基本案情】

广昊公司于1998年成立，其经营项目包括制造纸箱、木箱，法定代表人为郭全林。2000年8月1日，广昊公司与郭青（郭全林之弟）签订了租赁经营合同书，由郭青承租了广昊公司的木箱车间从事木箱制作，广昊公司收取固定的租金。双方约定雇佣员工费用由郭青承担，广昊公司不干涉郭青的生产和经营。郭青并非广昊公司的股东，且无独立经营资格，其对外以广昊公司的名义销售、开具发票。贾广富于2001年4月经人介绍到广昊公司工作，后于2004年到郭青租赁的车间从事木箱加工工作，其间工资（计件）均由郭青发放，并受郭青管理。2011年4月5日，贾广富在制作木箱过程中手被气枪打伤，在其治疗和休息期间，郭青告知贾广富每天按10元给付工资，对此贾广富提出异议，并向延庆县仲裁委申请仲裁，请求确认与广昊公司存在劳动关系，该仲裁委于2011年10月9日作出裁决，确认贾广富与广昊公司存在劳动关系。广昊公司不服该裁决，于2011年10月26日诉至延庆县法院，请求确认双方不存在劳动关系。

【案件焦点】

贾广富与广昊公司是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市延庆县人民法院认为：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：1. 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；2. 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；3. 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。广昊公司的经营项目虽然包括制造纸箱、木箱业务，但在2000年8月1日郭青承租其部分厂房从事木箱制作后，广昊公司除固定地收取郭青的租金外，并不干涉郭青的生产经营与管理，且郭青雇佣员工的费用亦由郭青

自行承担。由此贾广富与广昊公司之间实质上并不存在劳动关系。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定，判决：原告北京北方广昊工贸有限公司与被告贾广富不存在劳动关系。

贾广富不服一审判决，主张其自2001年4月起在广昊公司工作，建立劳动关系，未发生任何变化；广昊公司所称租赁关系与事实不符，郭青仅是广昊公司的车间管理人员，上诉至北京市第一中级人民法院。

北京市第一中级人民法院认为：上诉人贾广富的工作地点在广昊公司，广昊公司及郭青虽表示木箱加工车间已由郭青租赁、系郭青雇佣了贾广富，但贾广富对此并不认可，且表示并不知情。而广昊公司及郭青均未证明贾广富知晓郭青租赁车间之情况，且事实上，该车间产品的销售仍是以广昊公司的名义对外进行，故可以认定贾广富从事的工作属广昊公司生产经营活动的组成部分。故此能够认定广昊公司与贾广富之间存在劳动关系。原审法院确认广昊公司与贾广富之间不存在劳动关系，显属不当，法院予以纠正。综上所述，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项之规定，判决：

一、撤销北京市延庆县人民法院（2011）延民初字第04736号民事判决；

二、贾广富与北京北方广昊工贸有限公司自2001年4月至2011年4月5日期间存在劳动关系。

【法官后语】

本案处理的难点在于贾广富是否与广昊公司建立了劳动关系。首先，贾广富自2001年4月入职，一直到2011年4月5日在工作过程中受伤，其工作地点一直在广昊公司，没有发生过变化，工作内容也是公司的营业范围。其次，广昊公司表示其木箱加工车间已由郭青租赁、系郭青雇佣了贾广富，但贾广富对此并不认可，且表示并不知情，广昊公司及郭青均没有证明贾广富知晓郭青租赁车间的情况。加之，郭青与广昊公司法定代表人系亲兄弟，而郭青并未告知贾广富所供职的主体是谁，责任在公司和郭青。再次，贾广富工作车间生产的产品对外销售仍是以广昊公司的名义进行，使用广昊公司的营业执照。这与广昊公司主张的已将车间租赁给郭青相矛盾，广昊公司的该项主张不能成立。最后，贾广富从事的工作是木箱加工，

该工作内容属于广昊公司的营业范围。综上所述，根据法院查明的事实与对证据的审查，足以认定广昊公司与贾广富之间存在劳动关系。

本案与其他确认劳动关系的案件有所不同，本案涉及第三方，即租赁厂房者郭青，而郭青亦承认其2004年左右开始给贾广富发工资，贾广富由其雇佣，给本案审理带来难度。承办人在处理案件时把握了以下原则：一是以劳动关系成立的三要素为基础；二是贾广富在无过错的情况下其合法权益应得到保障；三是特别重视对证据的审查与认定。根据这些原则，最终做出本案判决。

编写人：北京市第一中级人民法院　陈栋梁

9

未取得教师资格的劳动者不能向学校主张签订教师岗位的劳动合同

——李景霞诉北京市徐悲鸿中学劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第6176号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：李景霞

被告（被上诉人）：北京市徐悲鸿中学（以下简称徐悲鸿中学）

【基本案情】

李景霞与徐悲鸿中学签订了《北京市徐悲鸿中学兼职教职员工聘用书》，该聘用书约定李景霞工作岗位为英语教师，劳动合同期限为2008学年至2010学年。聘用合同到期后，双方未再签订书面协议。李景霞继续工作至2011年7月13日。

2009年，徐悲鸿中学进行了体制改革，转制为公办美术特色高中。2011年7月，徐悲鸿中学因改制及李景霞未取得教师资格，停止了李景霞的工作，但未作出解除劳动关系的书面决定。

另查，李景霞未取得教师资格。2010年9月至2011年7月，徐悲鸿中学发放李景霞工资共计36191.6元。

【案件焦点】

李景霞与徐悲鸿中学的劳动关系是否有效。

【法院裁判要旨】

一审法院审理认为：依据法律规定，国家实行教师资格制度。由于李景霞未取得教师资格，其不具备与徐悲鸿中学继续签订劳动合同的条件。故李景霞要求与徐悲鸿中学签订无固定期限劳动合同的诉讼请求，依据不足，不予支持。据此判决：驳回原告李景霞的诉讼请求。

判决后，李景霞不服，上诉认为：原判以我没有教师资格为由驳回我要求与徐悲鸿中学签订无固定期限劳动合同的请求，没有事实和法律依据，上诉要求撤销原判，改判双方签订无固定期限劳动合同。

二审法院认为：考虑到李景霞不具有教师资质，不具备与徐悲鸿中学继续签订劳动合同的条件，其主张订立无固定期限劳动合同，原审法院不予支持并无不当。综上，对徐悲鸿中学及李景霞的上诉主张，本院均不予支持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 教师资格准入制度是一种效力性规范

强制性规范分为效力性规范和禁止性规范，违反禁止性规范不会引起合同无效的后果，只会引起《行政法》上面的行政处罚等后果，违反效力性规范的才会导致合同无效。根据《教师法》第十条第一款规定："国家实行教师资格制度。"国务院颁布的《教师资格条例》第二条规定："中国公民在各级各类学校和其他教育机构中专门从事教育教学工作，应当依法取得教师资格。"教育部《〈教师资格条例〉

实施办法》第三条规定："中国公民在各级各类学校和其他教育机构中专门从事教育教学工作，应当具备教师资格。"教师是一种具有高度专业性的职业，实施教师资格准入制度的目的是为了保证教学质量，因为教育是国家繁荣富强的基础。因此，教师资格准入制度是一种效力性规范。

同时，我国《劳动法》和《劳动合同法》虽然没有对劳动者的主体资格进行规定，但依据常识，劳动是后天形成的，需要具备一定的知识和技能，要成为一名劳动者，首先需满足从事相应工作的自然条件，如脑力和体力。其次，需不违反法律基于法益保护而作出的规定，如《劳动法》第十五条规定："禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。"再次，劳动者应满足从事特定行业设定的资质准入条款。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发【2005】12号）第一条第一款规定："用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。……"

本案中，李景霞于2008年开始在徐悲鸿中学从事英语教学工作，徐悲鸿中学2009年转制为公办美术特色高中。根据我国《民办教育促进法》第二十八条规定："民办学校聘任的教师，应当具有国家规定的任教资格。"《民办教育促进法实施条例》第二十三条第一款规定："民办学校聘任的教师应当具备《教师法》和有关行政法规规定的教师资格和任职条件。"从上述规定可以看出，徐悲鸿中学的民办和公办性质并不影响对教师资质的要求。《北京市实施〈中华人民共和国教师法〉办法》（2010年修订）第十条规定："学校和其他教育机构不得聘任未取得教师资格的人员任教。"

从上述分析可以看出，劳动者未取得教师资格证，则不具备从事教师岗位的资质。《劳动法》第十八条第一款规定："下列劳动合同无效：（一）违反法律、行政法规的劳动合同；（二）采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。"《劳动合同法》第二十六条第一款第三项规定违反法律、行政法规强制性规定的劳动合同无效或者部分无效。因此，未取得教师资格证的劳动者不具备与学校签订教师岗位劳动合同的条件。本案中一、二审法院不支持李景霞要求签订无固定期限劳动合同的主张是正确的。

2. 劳动合同无效不同于合同法上的合同无效

根据《劳动法》第十八条第二款规定："无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。"但《劳动合同法》对此没有规定。《民法通则》第五十八条第二款规定："无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。"《合同法》第五十六条规定："无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。"

在买卖、赠与等合同领域，合同的"自始无效"很正常。但是对于劳动合同则不然，劳动合同属于一种继续性合同，劳动者在合同履行过程中是一种脑力和体力的消耗，是一种行为性合同，合同无效后无法进行各自返还。合同无效后对劳动者的利益容易造成损害，尤其是在用人单位也存在过错的情况下，如本案中，学校明知道劳动者不具备教师资格仍与其签订了合同，并在合同履行完毕后继续履行原合同，学校的过错很明显，如果按照传统民法理论，合同无效自始无效，则不利于保护劳动者权益。因此，有学者主张当劳动已开始时，其主张无效者，惟得向将来发生效力。①

我国《劳动合同法》第二十八条规定："劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。"笔者认为，劳动合同的无效是有别于合同法上的无效的，劳动合同无效的效力可以是自始无效，但处理方式应当是参照有效劳动合同以及就高不就低的原则，即选择双方合同约定和相同、相近岗位劳动报酬标准高的履行。

编写人：北京市第一中级人民法院　许庆涛

① 参见王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社2001年版，第482、483页。

10

劳社部发［2005］12号文中第四条“用人单位”的认定

——邵存梅诉乌鲁木齐市新城园林有限公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2012）乌中民五终字第620号民事判决书

2. 案由：确认劳动关系纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：邵存梅

被告（被上诉人）：乌鲁木齐市新城园林有限公司

【基本案情】

2011年7月8日早晨6：30左右，邵存梅之夫马佩平驾驶无号牌劲龙牌J1150－8型两轮摩托车在乌鲁木齐市经济技术开发区融合南路路段与张万多驾驶的新A－34015号东风牌重型自卸货车相撞，造成马佩平死亡。道路交通事故认定书认定：张万多和马佩平均承担事故同等责任。邵存梅向乌鲁木齐经济技术开发区（头屯河区）人事劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求确认马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司存在劳动关系，该仲裁委员会作出乌经（头）劳仲字（2012）46号仲裁裁决书，裁决：马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司之间不存在劳动关系。邵存梅不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。另查，2011年5月5日，乌鲁木齐经济技术开发区（头屯河区）市政市容局与乌鲁木齐市新城园林有限公司签订一份建设施工合同，工程地点为乌鲁木齐开发区，工程内容是光正钢构南侧纬六路街头绿地绿化种植及管线铺设。2011年5月7日，乌鲁木齐市新城园林有限公司与自然人张金锁签订劳务承包协议书，约定张金锁对游园第一标段、第五标段进行施工。工程地点为

开发区部分第一标段、光正钢构南侧纬六路；工程内容为乔灌木栽植、花卉、草坪种植、管线铺设、园路铺装、路界与安装、废方外运、土方回填；施工期限为2011年5月7日至7月10日。2011年7月12日，张涛出具证明："兹证明马佩平是我施工队雇佣的临时性劳务工人，负责乌鲁木齐市经十七路段的绿化浇水工作。2011年7月北京时间0点至7点期间，是马佩平浇水工作时间。"乌鲁木齐市新城园林有限公司2011年5月至7月工资表中没有马佩平的名字。

【案件焦点】

"用人单位"的认定。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理认为：劳动关系是指用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。劳动者为用人单位提供劳动，用人单位向劳动者支付劳动报酬，用人单位与劳动者之间建立管理与被管理、指挥与服从的内部关系。《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发［2005］12号）第二条规定："用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放的'工作证'、'服务证'等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位的招工招聘'登记表''报名表'等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。"乌鲁木齐市新城园林有限公司工资表中没有马佩平的名字，证明马佩平的工资不是由乌鲁木齐市新城园林有限公司发放。邵存梅提供的证人不是与马佩平共同工作的其他劳动者，证人证言仅能证明马佩平从事浇水工作并发生交通事故的事实，对马佩平的工作单位并不知情。邵存梅称乌鲁木齐市新城园林有限公司将工程分包给张金锁，张涛与张金锁是同一个人，从张涛出具的证明可以认定马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司存在劳动关系。由于张涛未出庭作证，邵存梅亦未向法庭提供其他证据证实张涛与张金锁是同一个人，故对于邵存梅的主张不予支持。依照法律规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规

定》第二条、劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第二条之规定，判决如下：确认邵存梅之夫马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司不存在劳动关系。

邵存梅不服一审判决提出上诉。二审法院经审理认为：邵存梅主张乌鲁木齐市新城园林有限公司将其工程分包给张金锁，张金锁雇佣了其丈夫马佩平，根据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发［2005］12号）第四条规定："建筑施工、矿山企业等用人单位将工程或经营权发包给不具有用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。"乌鲁木齐市新城园林有限公司应承担用工主体责任。由上述规定可以看出，该条规定适用的主体是建筑施工、矿山企业。我国法律规定建筑施工企业指从事建筑施工生产活动的独立生产、独立经营、独立核算的经济组织。建筑施工企业包括建筑工程施工总承包企业、建筑工程承包企业和建筑专项分包企业。而乌鲁木齐市新城园林有限公司并非以专门从事建筑施工生产活动为经营范围并具备相应资质的企业，故不能适用该条规定。因此原审法院认定马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司之间不存在劳动关系并无不当，上诉人邵存梅要求以上述规定确认其丈夫马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司之间存在劳动关系的理由不能成立，不予支持。故判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案乌鲁木齐市新城园林有限公司将其承包工程分包给张金锁，张金锁雇佣了邵存梅丈夫马佩平，邵存梅认可上述事实，其上诉要求根据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发［2005］12号）第四条规定："建筑施工、矿山企业等用人单位将工程或经营权发包给不具有用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。"由乌鲁木齐市新城园林有限公司承担用工主体责任。笔者认为，首先，马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司并无身份上的从属和依附关系，不受乌鲁木齐市新城园林有限公司各项劳动规章制度的制约，也不享受乌鲁木齐市新城园林有限公司的劳动保护、福利和社会保险等待遇。乌鲁木齐市新城园林有限公司没有就其工程与马佩平达成书面或口头协议，也未直接招用马佩平和向其支付过报酬。乌

鲁木齐市新城园林有限公司违法发包工程，并不必然导致其与马佩平之间形成事实劳动关系，故马佩平与乌鲁木齐市新城园林有限公司不存在事实劳动关系。其次，劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发［2005］12号）第四条规定明确了此规定的适用范围仅限于建筑施工、矿山企业等需要具备专门安全生产资质的用人单位，同时，我国法律明确规定建筑施工企业指从事建筑施工生产活动的独立生产、独立经营、独立核算的经济组织。建筑施工企业包括建筑工程施工总承包企业、建筑工程承包企业和建筑专项分包企业。乌鲁木齐市新城园林有限公司显然不符合该规定的适用条件，故邵存梅提出依照上述规定，其丈夫与乌鲁木齐市新城园林有限公司存在劳动关系的主张不能成立。案外人张金锁违法承揽工程，其与马佩平存在雇佣关系，如邵存梅就马佩平受雇期间造成死亡提起民事诉讼，要求乌鲁木齐市新城园林有限公司、张金锁承担责任，应当依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干的解除》第11条第2款的规定予以认定。

编写人：新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院　王宏

11

劳动关系与劳务关系如何区分

——新疆新铝铝业有限公司诉陆爱芳确认劳动关系案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院（2012）昌中民一终字第00860号民事裁定书

2. 案由：确认劳动关系纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：新疆新铝铝业有限公司

被告（被上诉人）：陆爱芳

【基本案情】

2011 年 7 月，刘志勇进入原告新疆新铝铝业有限公司工作，主要从事工程技术监管。双方未签订书面劳动合同，仅双方口头约定工资按月发放。工作期间原告为刘志勇发放了工作牌。2011 年 10 月 3 日，刘志勇因交通事故死亡。为此，被告向昌吉回族自治州劳动保障争议仲裁委员会申请仲裁，要求确认刘志勇与原告存在劳动关系。昌吉回族自治州劳动保障争议仲裁委员会作出昌州劳仲字（2012）12 号仲裁裁决书，确认刘志勇与原告存在劳动关系。原告不服，诉至法院。经查，刘志勇系新疆生产建设兵团第五建筑安装工程公司职工，自 2010 年 4 月至 2012 年 10 月期间属待岗状态。

【案件焦点】

本案被告丈夫刘志勇与原告之间是劳动关系还是劳务关系。

【法院裁判要旨】

一审法院认为，用人单位自用工之日起就与劳动者建立劳动关系，且应依法签订劳动合同，明确双方的权利与义务。本案原告新疆新铝铝业有限公司招用被告陆爱芳丈夫刘志勇到其单位工作，理应与刘志勇签订书面劳动合同，未签订劳动合同是引起本次纠纷的主要原因。依据劳动部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发［2005］12 号文）相关规定，认定双方存在劳动关系时可参照用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明劳动者身份的证件。原告向刘志勇发放了工作牌，工作牌上注明其所属部门为工程部、职务为技术总监、编号为 XL004，并加盖了原告单位的公章。该工作牌符合工作证的形式要件，对于原告认为该工作牌只能说明是出人凭证的辩解，本院不予采信。刘志勇于 2011 年 7 月进入原告单位工作，在原告单位有具体、明确的工作岗位，为原告单位提供了劳动，同时，原告单位按月为刘志勇发放工资，双方之间的关系符合劳动关系的特征，刘志勇与原告单位之间虽然未签订书面劳动合同，但双方已形成事实劳动关系。另外，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第八条规定，企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。该条是对以往已存在的用工形式法

律关系的性质做出的规定，刘志勇系新疆生产建设兵团第五建筑安装工程公司的待岗职工，根据该条规定的精神，亦应确定刘志勇与原告单位之间系劳动关系。本院综合原、被告提交的相关证据认定原告与被告丈夫刘志勇存在劳动关系，故对原告的诉讼请求本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《中华人民共和国劳动合同法》第七条，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三)》第八条，判决如下：原告新疆新铝铝业有限公司与被告陆爱芳丈夫刘志勇之间存在劳动关系。

新疆新铝铝业有限公司不服一审判决，提起上诉。在二审审理期间，新疆新铝铝业有限公司以客观情况发生变化为由申请撤回上诉。经二审法院审查认为，其上诉符合法律规定，故裁定准予新疆新铝铝业有限公司撤回上诉。

【法官后语】

劳动关系是指劳动者在劳动过程中与用人单位建立的社会关系。《劳动合同法》第七条规定："用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。"这说明建立劳动关系的实质性标准是劳动者实际提供劳动，用人单位实际用工，而是否签订书面的劳动合同以及用人单位是否已经按月向劳动者支付劳动报酬并不是判断双方建立劳动关系与否的实质性标准。劳务关系是指按照双方的书面合同或者口头约定，由劳务提供人向劳务接受人提供劳务活动，接受人向提供人支付劳动报酬的经济关系。两者的共同之处都表现为一方提供劳动，另一方接受劳动，并支付劳动报酬。如何区别两者，可从以下方面进行辨别：1. 主体性质及双方关系不同。劳动关系的双方不仅存在经济关系，还存在人身关系，即行政隶属关系，劳动者除提供劳动之外，还要接受用人单位的管理，服从其安排，遵守其规章制度等。而劳务关系的双方主体之间仅仅存在经济关系，不存在行政隶属关系，劳动者提供劳务服务，用人单位支付劳务报酬，各自独立、法律主体地位平等。2. 劳动者以谁的名义提供劳动不同。劳动关系中，用人单位允许或要求劳动者以用人单位员工的名义工作，劳动者对内被视为用人单位的一员，对外代表用人单位或者用人单位的工作人员。而劳务关系中，劳务提供者以自己的名义提供劳务服务，劳务接受者也不认可劳务提供者是其员工。3. 劳动报酬支付方式不同。劳动关系中，用人单位按月或者约定按月向劳动者支付劳动报酬。而劳务关系中，劳务接受人

按双方约定支付报酬，具体支付方式以双方约定为准，一般按日计算发放或不定时发放。

本案中，新疆新铝铝业有限公司与刘志勇存在行政隶属关系，刘志勇对内被视为新疆新铝铝业有限公司的一员，具体职务为技术总监；对外代表新疆新铝铝业有限公司的工作人员。刘志勇于2011年7月进入新疆新铝铝业有限公司工作，为用人单位提供了劳动，用人单位亦按月发放了工资。双方之间的关系符合劳动关系的特征，刘志勇与原告单位之间虽然未签订书面劳动合同，但双方实际履行了劳动权利和劳动义务，应当确认双方存在劳动关系。

编写人：新疆维吾尔自治区昌吉市人民法院　闫丽霞

12

收起用人单位在工伤认定程序中恶意拖延时间的合法保护伞

——夏津意鑫植物油有限公司诉刘为树确认劳动关系案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省德州市中级人民法院（2012）德中民终字第1004号民事裁定书

2. 案由：确认劳动关系纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：夏津县意鑫植物油有限公司

被告（被上诉人）：刘为树

【基本案情】

被告刘为树于2011年12月21日进入原告公司从事接皮工作，但与原告未签订书面劳动合同。2012年2月14日，被告骑电动车与两名同事同行，在原告公司门前与一辆面包车相撞，发生交通事故，肇事者逃逸，交通警察支队夏津大队认定刘为树无事故责任。发生事故后被告随即被送往夏津县人民医院治疗至3月17日

出院，诊断结果为双侧脑挫伤。

被告家人认为被告是在上班途中发生的车祸，应属工伤，与原告协商工伤赔偿事宜，原告法定代表人张光荣借支给被告2000元钱。后被告方家人再与原告联系赔偿事宜，原告以被告不是在公司里发生的事故不负责赔偿为由拒绝承担责任。被告向劳动行政部门提起工伤认定，但原告此时又拒绝承认与被告之间存在劳动关系，被告只能向仲裁委提起确认劳动关系的仲裁申请，2012年5月4日夏津县劳动人事争议仲裁委员会作出夏劳人仲案字（2012）第8号仲裁书确认双方之间存在劳动关系，原告不服该裁决起诉至法院，称原告单位根本没有刘为树这名工人，请求法院确认与被告不存在劳动关系。

【案件焦点】

原被告双方是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

山东省德州市夏津县人民法院经审理认为：被告与原告没有签订劳动合同，但是被告可以提供同事的证词证明事实劳动关系的存在。原告法定代表人张光荣借支给被告2000元钱，在法庭调查该事实时原告代理人称是基于被告春节前在原告处工作的事实才这样做的，春节过后至发生交通事故时被告已不在原告处上班。这一说法与诉状中所称“经公司调查，我单位根本没有刘为树这名工人”相矛盾，并且刘某某和刘××出庭作证能够证明被告自2012年2月8日直至事故发生时一直在原告处工作的事实，原告虽对该二人的证言不认可，但提不出有力证据予以反驳，本院对刘某某和刘××证明的内容予以认可。被告刘为树虽未与原告意鑫公司签订劳动合同，但是双方之间存在劳动关系。原告的诉求于法无据，不予支持。根据《中华人民共和国劳动合同法》第七条之规定，判决如下：

确认原告意鑫公司与被告刘为树之间存在劳动关系，驳回原告意鑫公司的诉讼请求。

原告意鑫公司不服该判决向德州市中级人民法院提起上诉，但是在二审开庭时未到庭参加诉讼，二审法院对其按撤诉处理，一审判决发生法律效力。

【法官后语】

本案是劳动者在申请工伤认定的过程中用人单位否认与之存在劳动关系而引起的确认之诉。案件事实部分并不复杂，但是这种类型的诉讼已普遍成为用人单位在工伤认定程序中恶意拖延赔偿、逃避责任的合法保护伞。劳动法律关系的存在是进行工伤认定的逻辑起点，在工伤认定前，若用人单位与职工之间对存在劳动关系有争议，就要根据《劳动争议调解仲裁法》第二条的规定"因确认劳动关系发生的争议"，由劳动争议仲裁委员会进行仲裁，此时工伤认定程序中止。当事人对仲裁裁决不服的，可以依据民事诉讼法的规定提起民事诉讼，经过一审、二审，对劳动关系作出最终的结论然后再接着进行工伤认定。对劳动关系的确认至少要经历10个月以上的时间。某些不良的用人单位正是看到该程序所耗费的时间，为了不支付赔偿，或者迫使劳动者接受过低的赔偿标准，在工伤认定阶段故意否认与劳动者之间存在的劳动关系，将劳动者拖入该确认程序中。笔者每当收到该种类型的案件时都很无奈，甚至感到痛心，法律给这些没有道德感的用人单位提供了一个恶意拖延时间的合法保护伞，致使劳动者实现工伤赔偿诉求的希望在无休无尽的耗时中消耗殆尽。笔者思考的是我们怎样才能收起这一保护伞，帮助劳动者追求实体正义和程序正义。在这里首先建议工伤认定部门下达因用人单位否认劳动关系而对工伤认定申请不予受理的决定时一定要慎重，不要让用人单位恶意拖延诉讼的目的得逞。再者，劳动者也可以根据新《工伤保险条例》第五十五条规定"申请工伤认定的职工或者近亲属、该职工所在单位对工伤认定申请不予受理的决定不服的"，劳动者可以不经过劳动关系确认程序，直接向法院提起行政诉讼。这样劳动者可以避免被不良的用人单位拖入耗费精力的确认劳动关系诉讼中，从程序上遏制该种因恶意否认劳动关系而导致诉讼的案件发生。

编写人：山东省德州市夏津县人民法院　傅雁

13

劳动争议中只有离职证明时如何认定劳动关系

——北京国发伟业管理咨询有限公司诉何琼芳劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第13842号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：北京国发伟业管理咨询有限公司

被告（被上诉人）：何琼芳

【基本案情】

2009年12月，何琼芳到北京国发伟业管理咨询有限公司工作，双方未签订劳动合同，工作岗位为财务经理，月工资10000元。2010年11月30日，何琼芳因个人原因提出离职，北京国发伟业管理咨询有限公司同意其离职，并出具离职证明。后何琼芳要求北京国发伟业管理咨询有限公司支付其2009年12月至2010年11月期间的工资及未签订书面劳动合同的二倍工资，双方由此发生争议，诉至北京市西城区劳动争议仲裁委会员，该委员会于2012年1月17日作出京西劳仲字［2011］第02－1822号裁决书，裁决北京国发伟业管理咨询有限公司支付何琼芳2009年12月至2010年11月工资110000元及2010年1月至2010年11月期间未签劳动合同的二倍工资110000元。

北京国发伟业管理咨询有限公司对裁决不服，诉至法院，称被告何琼芳的离职证明系伪造，双方之间不存在劳动关系，并向本院提交了《基金项目合作借款协议书》及北京注册会计师协会2010年度注册会计师年检公告，称双方系合作关系，被告系利安达会计师事务所有限责任公司的员工，请求法院判令原告不向被告支付

2009 年 12 月至 2010 年 11 月工资及 2009 年 12 月至 2010 年 11 月未签订劳动合同的二倍工资。被告不同意原告的诉讼请求，称双方存在劳动关系，但未签订劳动合同，并向本院提交离职证明书及利安达会计师事务所有限责任公司出具的说明，证明自己系原告公司职工，担任财务会计，并非利安达会计师事务所有限责任公司的职工。

【案件焦点】

原、被告之间是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：当事人对自己的主张，有责任提供证据。没有证据或者依据不足以证明当事人的事实主张，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，北京国发伟业管理咨询有限公司主张与何琼芳不存在劳动关系，双方是合作关系，但未就其主张提供充分有效证据，故本院对其主张不予采信，对其要求不支付工资及未签劳动合同二倍工资的诉讼请求不予支持。北京国发伟业管理咨询有限公司主张何琼芳的离职证明系伪造，但未就其主张提供证据加以证明，本院对离职证明的效力予以确认。北京国发伟业管理咨询有限公司应当支付何琼芳拖欠工资及未签劳动合同的二倍工资。

北京市西城区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条之规定，判决如下：

一、原告北京国发伟业管理咨询有限公司在本判决书生效后 7 日内支付被告何琼芳 2009 年 12 月至 2010 年 11 月工资 110000 万元。

二、原告北京国发伟业管理咨询有限公司应在本判决书生效后七日内支付被告何琼芳 2010 年 1 月至 2010 年 11 月未签劳动合同的二倍工资 110000 万元。

三、驳回原告北京国发伟业管理咨询有限公司之诉讼请求。

北京国发伟业管理咨询有限公司持原审起诉意见提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：劳动关系的确认是以用人单位和劳动者符合法律法规规定的主体资格，劳动者为用人单位提供的劳动是用人单位的组成部分、受用人单位的管理并由用人单位支付劳动报酬为标准。同时，当事人对自己的主张，有责任提供证据。北京国发伟业管理咨询有限公司主张与何琼芳不存在劳动关系，双方是合作关

系，但对其主张未提供充分有效证据予以证明及未对自己的诉称作出合理的解释，故本院对其上诉主张不予采信。对北京国发伟业管理咨询有限公司不支付何琼芳工资及未签订劳动合同双倍工资的上诉请求，不予支持。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在很多案件中，证据是案件基本事实认定的关键，也是法官还原案件事实的依据，故民事诉讼有以证据定胜负之说。但同时，很多当事人对判决书中提到的“因当事人未能提供充分有效证据予以证明，故本院对其主张的事实不予采信”很难理解。何为充分有效的证据？法律并未做过界定。实务中，不同的案件，不同的事实，对证据的要求也不尽相同。经笔者分析，充分有效证据必须满足三个证明条件：(1) 直接证明。对案件争议的事实能够起到直接、明确的证明作用。(2) 充分证明。该证据可以系孤证，单独就可证明案件争议事实；也可以系佐证，通过和其他相关证据形成证据链条来共同证明案件争议事实；(3) 有效证明。该证据是合法的、有关联性的证据，能够通过该证据对案件争议事实的真伪性进行直接判定。

就本案而言，原告主张被告与自己公司系合作关系，不属于劳动关系，且认为被告提交的离职证明系伪造，则其必须针对自己的主张提供相应证据。首先，《基金项目合作借款协议书》虽有“合作”二字，但根据该合同的实际内容判断，双方其实并非合作关系。其次，原告认为被告提交的离职证明系伪造，但其并未向法院申请对证明中印盖的公章真伪进行司法鉴定，也未就公司公章是否有丢失、外借等情况提交证据。最后，原告本还可以通过职工花名册、工资单、考勤记录表、社保缴纳记录等来佐证公司的人员情况，但原告也未提交相应证据证明。因原告未就被告离职证明中的内容及公章印盖情况作出合理说明，其提交的其他证据亦无法推翻被告提交的证据，故其应该承担的举证责任没有完成，自然应该承担举证不利的法律后果。而反观被告，虽提交的证据不多，但均具有直接性、相关性和充分性。首先，离职证明可以单独、直接证明被告的入职时间、工作单位、职务及离职时间。其次，利安达会计师事务所有限责任公司出具的说明，亦可直接、单独、充分有效推翻原告提交的2010年度注册会计师年检公告的证明内容。故法院对原告的

证据不予采信，驳回原告诉请，就有了充分的理由和依据。

依据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定："用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。(一) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。"本案中，原、被告符合法律、法规规定的主体资格，但被告无法证明自己受原告公司管理。庭审中，被告虽提交工资条证明工资情况，但系复印件，且没有原告公司盖章，原告对复印件不予认可。考虑到劳动者与用人单位地位的不平等，很多证据劳动者无法自行提供，必须在用人单位的配合下方能查清案件事实，故本院要求原告提供其单位的职工花名册、工资单、考勤记录表、社保缴纳记录表等，但原告拒不提供上述证据。此时，离职证明成为证明原、被告之间存在劳动关系的孤证。考虑到原告并无证据推翻被告提交的离职证明效力，且因被告提交的离职证明中载明其是原告公司的财务人员，依据日常经验判断，任何一个公司，只要营业，必然会有财务往来及记录，财务人员是负责公司财务事宜的工作人员，且公司的财务票据应该由公司进行统一保管，故原告如需对被告并非本公司财务人员进行反驳或抗辩，完全可以拿出其单位的财务账簿或财务报销凭证或其他需要财务人员签字的单据等，交由法院进行核对判断。但本案中，原告以自己公司基本不营业为由拒绝提供相应票据，又未能提供公司停止营业或被注销等其他证据证明所述事实，故属于用人单位掌握相关证据而拒不提供的情形，应由用人单位承担不利后果。因此，二审法院再次指出原告未完成举证证明责任的同时，还指出原告未就其诉称作出合理解释，无法让法官在原告所述的事实上达成内心确信，故对原告的诉请予以驳回，属于合法、合情、合理之判定。

因本案实际上是对当事人举证责任承担的判定，故二审法院在适用法律时，也未引用一审法院适用的实体性法律，而是援引程序性法律规定，直接将原告的诉讼请求予以驳回，依据也更加明确。

编写人：北京市西城区人民法院　胡宁　吴振坤

14

劳动关系主体的确定

——北京巴拉巴拉服饰有限公司诉王力雪劳动争议案

【案件基本信息】

1. 调解书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第6614号民事调解书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：北京巴拉巴拉服饰有限公司（以下简称巴拉巴拉公司）

被告（被上诉人）：王力雪

第三人（被上诉人）：北京强纳生人力资源管理顾问有限公司（强纳生公司）

【基本案情】

2010年3月8日，王力雪经巴拉巴拉公司员工牛彩丽招聘至北京市大兴区华堂商场实习，同月15日被巴拉巴拉公司安排至北京市丰台区马家堡华联商场担任促销员，巴拉巴拉公司为王力雪向马家堡华联商场出具推荐信，载明“我公司拟派驻王力雪到贵店铺进行销售工作，该员工与我公司已建立劳动关系并签订劳动合同……”。王力雪2011年4月2日离职。强纳生公司为王力雪缴纳了2010年4月至2011年5月期间的养老、医疗、工伤、失业及生育保险。2009年11月17日，巴拉巴拉公司与强纳生公司签订《劳务派遣服务协议》，该协议无具体被派遣人员名单，亦无被派遣人员签字。巴拉巴拉公司及强纳生公司均主张王力雪系强纳生公司派遣至巴拉巴拉公司工作的人员，由强纳生公司打卡发放工资、缴纳社会保险及扣缴个人所得税，巴拉巴拉公司就此提交王力雪个人所得税完税证明，强纳生公司就此提交2010年3月至2011年4月工资表及工资构成表为证。王力雪个人所得税完税证明仅载明纳税人姓名、身份证号及纳税情况，并未显示用人单位信息。强纳生工资

表及工资构成表显示王力雪2010年4月工资固定部分为基本工资1050元、餐费津贴150元，2010年5月至6月工资固定部分为基本工资1150元、餐费津贴150元，2010年7月至2011年2月工资固定部分为基本工资1350元、餐费津贴150元，2011年3月至4月工资固定部分为基本工资1200元、能力工资300元。强纳生公司提交之工资表及工资构成表均无王力雪签字，但王力雪对其上所载工资数额不持异议，提出与巴拉巴拉公司发放的工资条记载一致。王力雪保留的工资条中未显示公司名称，仅记载店名为“马家堡华联”。巴拉巴拉公司及强纳生公司表示，工资条系强纳生公司制作后交由巴拉巴拉公司发放给员工，工资则是由强纳生公司核对巴拉巴拉公司制作的工资明细、社会保险及个人所得税数额后向巴拉巴拉公司发出付款通知，巴拉巴拉公司付款后由强纳生公司打卡发放给员工。强纳生公司认可王力雪系巴拉巴拉公司招聘后通知其与王力雪办理入职手续及签订劳动合同，其因工作疏忽未与王力雪签订书面劳动合同。王力雪对巴拉巴拉公司及强纳生公司上述主张不予认可，主张其与巴拉巴拉公司存在劳动关系。2011年5月25日，王力雪向北京市丰台区劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求巴拉巴拉公司支付其2010年3月至2011年5月25日未签订劳动合同二倍工资3万元、加班费13034.49元。2011年10月12日，该仲裁委员会作出京丰劳仲字［2011］第1718号裁决书，裁决巴拉巴拉公司支付王力雪2010年4月9日至2011年4月2日未签订劳动合同二倍工资2万元。

【案件焦点】

与王力雪建立劳动关系的是巴拉巴拉公司还是强纳生公司。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：巴拉巴拉公司主张王力雪系强纳生公司派遣至其处工作的员工，但其提交的证据不足以证明上述主张，强纳生公司虽对此项事实予以认可，但强纳生公司未能提交与王力雪所签劳动合同，两公司均未能提交证据证明已告知王力雪其系派遣员工的事实，且王力雪对巴拉巴拉公司上述主张亦不予认可，故对巴拉巴拉公司上述主张，本院不予采信。现巴拉巴拉公司对王力雪提交的临时促销人员上岗证明、推荐信等证据的真实性不持异议，并认可王力雪系其招聘，为其提供劳动，接受其管理，故对王力雪关于其与巴拉巴拉公司存在劳动

关系的主张，本院予以采信。巴拉巴拉公司认可王力雪的任职时间为2010年3月8日至2011年4月2日，本院对此不持异议。依据《中华人民共和国劳动合同法》第十条“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同……”及第八十二条“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资……”之规定，现巴拉巴拉公司未与王力雪签订劳动合同，应支付王力雪2010年4月8日至2011年3月7日期间未签订劳动合同二倍工资，其数额应为15883元。

北京市丰台区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第八十二条之规定，作出如下判决：

一、北京巴拉巴拉服饰有限公司于本判决生效后十日内支付王力雪2010年4月8日至2011年3月7日期间未签订劳动合同二倍工资15883元。

二、驳回北京巴拉巴拉服饰有限公司其他诉讼请求。

巴拉巴拉公司持原起诉意见提起上诉，北京市第二中级人民法院经审理，确认一审法院认定的事实和证据。后经北京市第二中级人民法院主持调解，三方当事人自愿达成如下协议：

一、北京强纳生人力资源管理顾问有限公司支付王力雪2010年4月8日至2011年3月7日期间未签订劳动合同二倍工资15000元（已执行）；

二、王力雪与北京强纳生人力资源管理顾问有限公司再无其他劳动争议；

三、王力雪与北京巴拉巴拉服饰有限公司再无其他劳动争议。

【法官后语】

本案争议焦点在于劳动关系主体的确定，更明确的说是用人单位的确定。司法实践中，确定劳动关系主体，首先是查看用人单位与劳动者所签的书面劳动合同，但本案恰恰是因为未签订劳动合同产生的争议，因此无法通过劳动合同来确定劳动关系双方；其次，可以通过诸如入职登记表、转正申请表、离职审批表之类入离职书面材料来确定劳动关系主体。经过案件审查，本案中亦没有上述书面材料可以用来确定劳动关系双方；最后，则可以适用原劳动部发布的《关于确定劳动关系有关事项的通知》（以下简称《通知》）的规定来确定劳动关系主体，这也是认定事实劳动关系主要适用的规定。

《通知》第一条规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：(1) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(2) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(3) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。如果说没有强纳生公司的存在，也没有劳务派遣问题，那么根据上述规定，巴拉巴拉公司招聘王力雪、安排王力雪从事公司的促销业务，王力雪接受巴拉巴拉公司的管理、为巴拉巴拉公司提供劳动，王力雪的劳动报酬最终承担者是巴拉巴拉公司，这些事实足以证明王力雪与巴拉巴拉公司建立了事实劳动关系，巴拉巴拉公司作为用人单位应当承担相应的法律责任。但是，本案的难点就在于巴拉巴拉公司与强纳生公司之间签有劳务派遣服务协议，而上述劳务派遣服务协议中没有王力雪的签字确认，甚至没有被派遣人员人数及具体名单的记载。此种情况下，判定是否存在劳务派遣以及如何确定劳动关系主体，应当从当事人的具体行为来考察当事人的真实意思表示。通过强纳生公司为王力雪缴纳社会保险以及该公司于二审程序中自愿承担未签订劳动合同的用人单位责任来看，巴拉巴拉公司与强纳生公司确实存在以劳务派遣方式聘用王力雪的意思表示。但是，考察王力雪的真实意思，我们会发现存在巴拉巴拉公司招聘王力雪、安排王力雪从事促销工作的事实，而且王力雪所掌握的证据均指向用人单位为巴拉巴拉公司，亦没有证据表明巴拉巴拉公司或者强纳生公司告知过王力雪劳务派遣的事实，而社会保险缴费情况并不能直接证明劳动关系，加之劳动者并不能通过银行记录等知晓打卡发放工资的具体单位，因此王力雪存在与巴拉巴拉公司建立劳动关系的意思表示，其亦是针对巴拉巴拉公司提起的劳动争议仲裁。巴拉巴拉公司及强纳生公司作为用工及用人单位虽然有真实的劳务派遣意思表示，但该意思表示并未取得利害关系人王力雪的认可，甚至没有证据表明该意思表示为王力雪所知悉，因此，两公司应当承担由此产生的不利后果。最终，从维护劳动者合法权益出发，一审法院认定王力雪与巴拉巴拉公司存在劳动关系，并判令该公司承担了未签订劳动合同的法律责任。

编写人：北京市丰台区人民法院　曹静

15

劳务协议具备哪些要素可以被认定为劳动合同

——胡会会诉北京市三一重机有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第15047号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：胡会会

被告（被上诉人）：北京市三一重机有限公司（以下简称三一公司）

【基本案情】

胡会会于2006年2月24日到三一公司工作，双方当日签订《劳务协议》，该协议中明确约定了胡会会的工作岗位、工资构成、双方解除协议的条件等。胡会会的工作岗位为铆工，月平均工资为4990.43元，该工资系根据三一公司每月打入胡会会工资账户的实际工资数额计算所得。三一公司认可胡会会的入职时间，但称胡会会入职时与公司签订的是《劳务协议》，双方形成的是劳务关系，并非劳动关系。双方的劳动关系自2009年1月2日签订《劳动合同书》时才形成，胡会会的岗位是铆工，月工资960元。胡会会实际领取的工资包含绩效奖金和津贴补贴。胡会会称其在职期间双休日及法定节假日均有加班，但三一公司未支付其加班工资，为证明其主张，胡会会提交考勤表复印件予以证明，考勤表上记载了胡会会的加班情况，但仅有胡会会本人签字，未有单位其他人员签字。三一公司不认可胡会会存在加班，并对考勤表复印件的真实性不予认可。胡会会称其2008年1月1日至2011年8月31日均未休带薪年假，三一公司对此不予认可，称胡会会年休假有调休，没有调休的也给予了补偿，但未提交证据证明其主张。胡会会称三一公司未为其缴纳2008年8月1

日之前的社会保险，三一公司未能提交为胡会会缴纳社会保险情况的证据。

胡会会于2011年8月31日离职，其称离职原因是三一公司未足额支付加班工资、年休假工资以及社会保险，三一公司认可胡会会的离职时间，但对其离职原因不予认可。胡会会离职后，于2012年2月20日向北京市昌平区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称昌平劳仲委）提起仲裁申请，请求三一公司支付其解除劳动关系的经济补偿金、加班工资、带薪年休假工资、未签订书面劳动合同双倍工资差额以及养老保险待遇及失业保险一次性生活补助费等各项费用。昌平劳仲委于2012年8月24日作出京昌劳人仲字［2012］第825号裁决书，裁决三一公司支付胡会会2008年1月1日至2011年8月31日期间未休年休假工资7801.13元、2006年2月24日至2008年7月31日期间养老保险待遇和失业保险一次性生活补助费2866元，驳回胡会会的其他申请请求。

【案件焦点】

1. 劳务关系与劳动关系的区别；2. 劳务协议具备哪些实质要素可以被认定为劳动合同。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：胡会会与三一公司签订的《劳务协议》系双方当事人的真实意思表示，合法有效。该协议中明确约定了胡会会的工作岗位、工资构成、双方解除协议的条件等等。根据劳动合同法的规定，劳动合同的主要内容包括工资待遇、工作岗位、工作纪律等。因而从内容上看，虽然该协议签订于劳动合同法实施以前，但协议内容的主要条款与劳动合同的内容相符。故胡会会与三一公司签订的协议名为《劳务协议》，但胡会会与三一公司之间实为事实上的劳动关系。北京市昌平区人民法院依照依据《中华人民共和国劳动法》第三条、第四十五条、第七十二条和《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决胡会会自入职时与三一公司建立劳动关系。

胡会会提起上诉。北京市第一中级人民法院认同一审法院的观点。故北京市第一中级人民法院对胡会会所主张的入职时间予以采信，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定："用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。"这也为事实劳动关系的认定提供了基本的标准。因而，对于本案来说，首先，三一公司是符合《劳动合同法》中规定的可以和劳动者建立劳动关系的用人单位。其次，胡会会在三一公司任职，接受公司的日常管理，并接受三一公司工作纪律的约束。最后，胡会会在三一公司的岗位为铆工，其提供的劳动属于三一公司生产业务的组成部分。由以上可知，胡会会与三一公司之间并非是劳务关系，而是事实上的劳动关系。本案中，在2009年1月2日签订《劳动合同书》前，胡会会与三一公司签订了名为《劳务协议》的合同。该协议于2006年6月24日签订，协议中明确约定了胡会会的工作岗位、工资构成、双方解除协议的条件等等。通过协议内容，可以看出胡会会与三一公司之间具有较强的人身依附性，即胡会会遵守着三一公司的各项规章制度，他们之间实质上是一种管理与被管理的关系。因而，胡会会与三一公司签订的劳务协议无疑是一种并不严谨的劳动合同。

在对一种权利寻求救济时，我们首先要考察的是该权利能否诉诸法律。当某一具体的法律对权利的救济无法做到毫无破绽之时，我们就应当在裁判时运用好法官的自由裁量权。通过考察《劳动合同法》的立法初衷，我们可知，该法的立法目的在于着重保护劳动者的合法权益。无论该法规定了多么严格的形式要件，无非是在通过严格的形式来限制用人单位，而使处于劣势地位的劳动者能更好地实现自己的权利。因而，在认定劳动关系时，法官不是仅从字面机械地解读法律，而是应该结合立法的目的，从本质上界定劳动关系，否则，良法也未必能出善果。因而，在本案中，法官从形式要件和实质要件上对劳动关系进行了综合考察，达到了立法目的与司法效果的统一。

编写人：北京市昌平区人民法院　李笑　许辉

16

事实劳动关系应如何认定

——定州市诚信建筑工程有限公司诉吕绪慧确认劳动关系案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第6583号民事判决书

2. 案由：确认劳动关系纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：定州市诚信建筑工程有限公司（以下简称定州诚信公司）

被告（被上诉人）：吕绪慧

【基本案情】

2010年3月1日，北京金通远建筑工程公司（以下简称金通远公司）与定州诚信公司签订《北京市房屋建筑和市政基础设施工程劳务分包合同》，约定金通远公司将平谷区腾龙源城小区1#、2#、4#、5#楼劳务作业分包给定州诚信公司；合同分包范围包括主体结构、室内外初装修、水电暖安装等工程的人工及辅助材料、机具租赁等；合同劳务作业内容包括砼的浇筑及养护、模板的制作安装及拆除等；定州诚信公司委派王建法担任驻工地履行合同的负责人，职务为项目经理。王建法招用吕绪慧到平谷区腾龙源城小区1号楼工地工作。2010年6月21日1时许，吕绪慧在工作过程中被模具砸伤。事故发生后，吕绪慧先后在北京积水潭医院、武警北京总队第二医院住院治疗，经诊断伤情为“多发创伤、低血容量休克、股骨干骨折（左）、股骨髁上骨折（右）、胫腓骨骨折（双侧、左侧开放性）”。吕绪慧主张其住院期间王建法为其支付医疗费63000元，并支付其生活费13000元。

后吕绪慧以金通远公司为被申请人向北京市平谷区劳动争议仲裁委员会（以下简称平谷区仲裁委）申请仲裁，要求确认其与金通远公司之间存在劳动关系。2011

年4月28日，平谷区仲裁委作出京平劳仲字〔2011〕第0672号裁决书，裁决驳回吕绪慧的申请请求。该裁决书已生效。

2011年6月14日，吕绪慧再次向平谷区仲裁委申请仲裁，要求确认其与定州诚信公司之间存在劳动关系。在仲裁审理过程中，经定州诚信公司申请，平谷区仲裁委委托北京华夏物证鉴定中心对定州诚信公司与金通远公司签订的《北京市房屋建筑和市政基础设施工程劳务分包合同》中定州诚信公司合同专用章的真伪进行鉴定，鉴定结论为：两份检材上“定州市诚信建筑工程有限公司合同专用章”印章印文是同一枚印章盖印形成。为此，定州诚信公司支付鉴定费1600元。2011年12月13日，平谷区仲裁委做出京平劳仲字〔2011〕第01532号裁决书，裁决确认定州诚信公司与吕绪慧之间存在劳动关系。定州诚信公司不服仲裁裁决，诉至北京市第二中级人民法院。

在本案审理过程中，定州诚信公司主张王建法与其公司没有关系，吕绪慧应与金通远公司存在劳动关系，但未提供任何证据。

【案件焦点】

原被告双方是否存在事实劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市平谷区人民法院经审理认为：金通远公司与定州诚信公司签订《劳务分包合同》，将劳务作业工程分包给定州诚信公司，王建法为定州诚信公司的委托代理人，负责驻工地履行合同事宜。王建法招用吕绪慧到该劳务作业工程工地工作，系履行职务行为，其后果应由定州诚信公司承担，故定州诚信公司与吕绪慧形成劳动关系。定州诚信公司虽主张王建法与其没有关系，吕绪慧应与金通远公司存在劳动关系，但未提供相应证据，本院不予采纳。综上，对原告的诉讼请求，本院不予支持。据此，判决如下：

一、驳回原告定州市诚信建筑工程有限公司的诉讼请求。

二、确认原告定州市诚信建筑工程有限公司与被告吕绪慧之间存在劳动关系。

定州诚信公司不服上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：当事人对自己的主张有提供证据加以证实的义务。本案中，吕绪慧主张与定州诚信公司存在事实劳动关系，定州诚信公司之员工王建法对其进行管理，并支付工资，并提供了分包

合同，定州诚信公司否认曾签订过该合同，但经对合同上公章鉴定，未支持定州诚信公司的主张；鉴于定州诚信公司无法就其主张提出合理解释，结合吕绪慧提交的加盖有金通远公司公章的出入证及其他劳动者书面证言等证据材料，原审法院认定吕绪慧与定州诚信公司之间存在事实劳动关系、驳回定州诚信公司的诉讼请求、定州诚信公司承担鉴定费，并无不当。本院对定州诚信公司的上诉请求，不予支持。综上，原审法院判决正确，应予维持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

对于如何认定双方间是否存在事实劳动关系，可参照劳社部发（2005）12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》第二条中的规定：“用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或者记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放的‘工作证’、‘服务证’等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘‘登记表’、‘报名表’等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等”。在上诉凭证中，工资支付凭证、社保记录、招工招聘“登记表”、“报名表”、考勤记录由用人单位负举证责任。

本案中，定州诚信公司主张王建法与其公司没有关系，吕绪慧应与金通远公司存在劳动关系，但未提供任何证据。吕绪慧主张与定州诚信公司存在事实劳动关系，在其到定州诚信公司分包的位于北京市平谷区腾龙源城小区工作期间，定州诚信公司之员工王建法对其进行管理，并支付工资。对此吕绪慧提供了发包方为金通远公司、分包方为定州诚信公司的分包合同，定州诚信公司虽提出异议，否认曾与金通远公司签订过分包合同，但经仲裁机构组织对该合同中加盖的定州诚信公司的公章进行鉴定，法院未支持定州诚信公司的主张；鉴于定州诚信公司无法就其主张提出合理解释，结合吕绪慧提交的加盖有金通远公司公章的出入证及其他劳动者书面证言等证据材料，法院认定吕绪慧与定州诚信公司之间存在事实劳动关系、驳回定州诚信公司的诉讼请求。

编写人：北京市平谷区人民法院　张翠萍

二、劳动合同

17

人事经理未签订书面劳动合同能否请求二倍工资
——拼牌（中国）有限公司诉张乐强劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第1899号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：拼牌（中国）有限公司（以下简称拼牌公司）

被告（被上诉人）：张乐强

【基本案情】

张乐强于2010年11月9日入职拼牌公司，任副总经理，分管拼牌公司人事工作，月工资为10000元，办公场所位于厦门市湖里区县后双利工业园4号楼。双方劳动关系于2012年1月4日解除。其间，双方未签订劳动合同。2011年12月31日，因租期届满，拼牌公司位于厦门市湖里区县后双利工业园4号楼的办公场所关闭。张乐强于2012年1月4日向厦门市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求：1.自2012年1月4日起解除与拼牌公司的劳动关系；2.拼牌公司支付解除劳动关系的经济补偿金20000元；3.拼牌公司支付未签订劳动合同的二倍工资差额120000元。厦门市劳动争议仲裁委员会于2012年1月13日作出厦劳仲案［2012］0171号

裁决书，裁决：1. 张乐强自2012年1月4日起解除与拼牌公司的劳动关系；2. 拼牌公司支付张乐强经济补偿金15000元；3. 拼牌公司支付张乐强未签订劳动合同的二倍工资差额110000元。拼牌公司不服该裁决，提起诉讼。另有蒋光烺等14名原拼牌公司员工与张乐强一同因解除劳动关系问题向厦门市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，其中蒋光烺等12人及张乐强均主张拼牌公司在位于厦门市湖里区县后双利工业园4号楼的原办公场所关闭后，未通知其至新的办公场所工作，故以拼牌公司未提供劳动条件为由要求解除与拼牌公司的劳动关系。

【案件焦点】

拼牌公司未与张乐强签订书面劳动合同责任的认定。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院经审理认为：用人单位与劳动者建立劳动关系，应当签订书面劳动合同。拼牌公司未与张乐强签订书面劳动合同。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条之规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。拼牌公司主张张乐强作为拼牌公司副总经理，分管人事工作，负责与员工签订劳动合同，其故意不与自己签订书面劳动合同以此恶意要求拼牌公司支付二倍工资。本院认为，张乐强在入职拼牌公司后才具有前述职责，拼牌公司在聘用张乐强并赋予其前述职责时即应当与张乐强签订书面劳动合同，拼牌公司未有证据证明其在张乐强入职时要求与其签订书面劳动合同以及在张乐强入职后要求其自拟劳动合同。故拼牌公司主张将签订书面劳动合同的事宜交由张乐强自己负责，以此作为无需支付二倍工资差额的抗辩理由不能成立，拼牌公司应向张乐强支付2010年12月9日至2011年11月8日期间未订立书面劳动合同的二倍工资差额110000元。拼牌公司未举证证明其有通知张乐强至新办公场所办公，且另有蒋光烺等12名曾在厦门市湖里区县后双利工业园4号楼办公的原拼牌公司员工主张前述办公场所关闭后，拼牌公司未向其提供新的办公场所。厦门市湖里区人民法院至拼牌公司主张的新办公场所厦门市湖里区县后双利工业园5号楼勘查，该办公场所不足以再容纳张乐强等13人办公。拼牌公司亦自认在2012年春节后出现经营困难，办公场所陆续关闭。综合前述事实，张乐强主张拼牌公司未向其提供办公场所，本院予以采信。据此，本院认

定拼牌公司未为张乐强提供劳动条件。故张乐强基于拼牌公司未提供劳动条件要求解除与拼牌公司的劳动关系并要求拼牌公司支付经济补偿金，本院予以支持，拼牌公司应向张乐强支付经济补偿金15000元。

厦门市湖里区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第十六条第二款，《中华人民共和国劳动合同法》第十条第一款、第二款、第三十八条第一款第（一）项、第四十六条第（一）项、第四十七条第一款、第八十二条第一款，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条以及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

一、原告拼牌（中国）有限公司于本判决生效之日起十日内支付被告张乐强经济补偿金15000元。

二、原告拼牌（中国）有限公司于本判决生效之日起十日内支付被告张乐强未签订劳动合同的二倍工资差额110000元。

拼牌公司持原审起诉意见提起上诉。厦门市中级人民法院经审理认为：关于拼牌公司应否支付张乐强经济补偿金的问题。张乐强主张拼牌公司未能按照劳动合同约定提供劳动条件，该主张与拼牌公司原办公场所租期届满后关闭的事实相符，且有其他员工在劳动仲裁中的主张予以印证，原审法院亦对拼牌公司新办公场所予以现场勘查，故原审法院结合以上事实采信张乐强的主张是正确的，本院予以维持。拼牌公司主张张乐强存在旷工情形，对此张乐强予以否认，拼牌公司既未提供证据证明其有通知张乐强到新办公场所上班，亦未提供证据证明其对张乐强因旷工行为进行处分，故拼牌公司关于其有权对张乐强旷工行为予以除名的上诉主张缺乏依据，本院不予采信，拼牌公司依法应当支付张乐强经济补偿金。关于拼牌公司应否支付张乐强未签订劳动合同双倍工资问题。依法向劳动者支付未签订劳动合同双倍工资是用人单位根据法律规定所应承担的责任，具有一定的惩罚性质。本案的确存在双方未签订劳动合同的事实，拼牌公司并无直接证据证明未签订劳动合同的责任在于张乐强，且若张乐强拒绝签订劳动合同，拼牌公司完全可以采取停止用工措施避免承担相应法律责任。同时，根据涉案劳动仲裁查明的相关事实，拼牌公司亦存在未与其他员工签订劳动合同的情形，故原审法院认定拼牌公司应当承担未签订书面劳动合同二倍工资差额并无不当，本院予以维持。

厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第

一款第（一）项的规定，判决如下：驳回拼牌公司的上诉，维持原判。

【法官后语】

《劳动合同法》第八十二条的适用，对于督促用人单位积极同劳动者签订劳动合同，保障劳动者的权益起到了积极有效的重大作用。但是，不可否认，在司法实践中也出现了不少劳动者恶意不与用人单位签订劳动合同，甚至利用其在用人单位中的职务便利销毁已签订的劳动合同以达到获取二倍工资的目的。那么，如果不究其原因对于未签订劳动合同的一概要求用人单位支付二倍工资，有过度加重用人单位负担之嫌，也不能很好的实现司法公正。因此，用人单位是否需支付未签订劳动合同的二倍工资，关键在于劳动者是否存在拒不签订劳动合同的主观恶意。按照“权责一致”的法治观点，用人单位的行政人事高管应当秉持诚实信用原则，审慎管理用人单位事务，并承担相应的责任。但这不能必然推定未签订劳动合同时，行政人事高管即具有了前述主观恶意。根据《劳动法》的规定，用人单位应当建立完善的企业制度，这一制度即当然地包含了完备的与劳动者签订劳动合同的制度。这要求用人单位应当对于劳动者是否存在上述拒不签订劳动合同的主观恶意负有举证责任，同时也要求用人单位在与劳动者建立劳动关系时应当第一时间签订劳动合同，明确双方权利义务；而在面临拒不签订劳动合同的劳动者时亦应当进行催告并形成完备的用工材料或者拒绝用工。只有在用人单位充分履行了其法定义务之后，才能免除其支付未签订劳动合同二倍工资的责任。

综上，《劳动法》在保障劳动者权益的同时亦要维护用人单位的合法用工权利。就法律的规范性指导作用而言，劳动法旨在指导用人单位规范其用工行为，建立完备、现代的企业制度，以确保劳动力市场的健康运作。对人民法院而言，面对此类案件，应当针对具体案情，究其未签订劳动合同的原因，分清责任，以作出公正的裁判。

编写人：福建省厦门市湖里区人民法院　邓剑斌

18

高管薪酬约定效力的司法审查

——上海江夏血液技术有限公司诉周庆文劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民三（民）终字第560号民事裁定书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：上海江夏血液技术有限公司

被告（上诉人）：周庆文

【基本案情】

被告周庆文于2003年5月1日进入原告公司工作。2005年8月22日，原、被告签订承诺函，确认被告系受莱森公司委派出任原告高级管理人员，承诺函第四条约定：原告同意作为人才引进，给予被告不低于人民币40万元的年薪报酬。被告在承诺函上签名署期，函上亦加盖有原告的公章。

2007年12月29日，原、被告签订劳动合同，约定合同期限为2008年1月1日至2008年12月31日，被告担任常务副总裁，基本月工资为人民币9000元。2008年12月28日，双方续签劳动合同，期限为2009年1月1日至2009年12月31日，约定被告基本月薪为人民币15000元。之后，双方未签订劳动合同。2005年3月至2006年11月、2006年12月至2007年12月、2008年1月至4月、2008年5月至2009年3月、2009年4月、2009年5月、2009年6月至2010年4月、2010年5月起，原告分别以人民币5500元/月、9000元/月、9100元/月、15000元/月、19000元/月、18500/月、17500元/月、15000/月的标准计算被告工资。2005

年9月至2011年1月，原告已支付被告工资人民币425900元，原告未予发放被告2009年1月至2月、2009年7月至2011年1月的工资。

另查明，原告成立于2001年6月1日。2003年，莱森公司（注册于中华人民共和国香港特别行政区）通过股权收购成为原告的唯一投资方，原告亦成为外商独资企业。2004年5月10日，原告作出执行董事决议：设立董事会，董事包括被告在内共五名，原执行董事陈信燕为董事长；修订公司章程，修订后的《章程》第十五条规定：董事会成员为五人组成，其中董事长一人，均由投资方委派。第十六条规定：董事会决定公司一切重大事宜，职权主要有：……（七）决定聘任总经理、副总经理、总会计师等高级管理人员……；（十）其他需由董事会决定的重大事宜。第十七条规定：本章程第十六条所涉及的重大事宜均需董事会全体成员一致同意，董事长方可履行职责。章程第九章第五十四条规定：总经理、总会计师等高级管理人员的工资待遇，由董事会决定。

审理中，被告周庆文陈述，2005年8月22日的承诺函系由被告、苏平（当时任代理总经理）及陈信燕（当时任董事长）三人开会协商确定，达成一致后，由陈信燕代表公司加盖了公章，被告也签了字。承诺函一式两份，原、被告各持一份。原告否认被告说法，称当天三人确实曾商讨相应事宜，并由陈信燕起草了承诺函书面文件，但因未得到投资方莱森公司的授权确认，所以原告并未盖章。承诺函上的章是被告自行加盖的，未获得原告同意。被告另陈述：其于2003年5月1日入职原告处时，担任总经理特别助理；2004年初，担任常务副总；2005年3月份起，担任首席运营官（COO）；2006年11月至今，担任常务副总裁。原告对被告的任职名称及时间予以认可，但认为这些只是被告对外工作时采用的身份，上述职位均未经过董事会任命。

【案件焦点】

1. 被告是否为原告的高级管理人员，双方是否构成劳动关系；2. 关于原告同意给予被告不低于人民币40万元年薪报酬的约定是否有效。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理认为：对于争议焦点1，被告系经由原告唯一股东莱森公司指派进入原告处担任高级管理人员；且原、被告曾先后签订过两份劳动合同书，均具

有明确具体的建立劳动关系的意思表示；此外，被告一直以首席运营官或常务副总裁的名义代表原告对外开展业务，原告对此明知，却从未提出异议，并依约向被告支付劳动报酬。因此，被告虽曾担任原告的董事及监事，但双方之间亦同时存在劳动关系，被告为原告的高级管理人员。

对于争议焦点2，法院认为，依法制定的章程作为公司的自治性规范，对公司、股东、董事、监事及高级管理人员具有约束力。根据原告2004年修订的《公司章程》第十六条、第十七条、第五十四条的规定，被告作为高级管理人员，其工资待遇应当由董事会全体通过，方为有效。被告自2004年5月起即开始担任原告董事，对公司章程的规定应当知晓并遵守。但据其自己陈述，2005年8月22日承诺函签订时，仅有被告本人、苏平和陈信燕三人在场协商，由陈信燕代表公司在函上加盖公章。上述经过即使属实，也显然与公司章程相悖。陈信燕虽为原告当时的法定代表人，但其在未获董事会一致决议的情况下，也并无权力代表公司作出上述决定。如果认为如此制定的承诺函中关于高管薪酬的条款也能具有法律效力，则无疑将架空公司章程的规制作用，违反《公司法》关于“有限责任公司董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程确定”的规定，更有甚者，还可能导致部分董事或高管凭借对公司的实际控制力，为谋取私利而损害公司利益的情形发生。故此，法院确认，系争的承诺函第四条中关于原告同意给予被告不低于人民币40万元年薪报酬的约定，因违反公司章程而无效。

然而，劳动者有取得劳动报酬的权利，原告有义务足额向被告支付拖欠的月薪，故原告应按照相应期间的工资标准补发被告2009年1月至2月、2009年7月至2011年1月期间的月工资34万元。原、被告的劳动合同于2009年12月31日到期，原告至迟应在2010年1月31日前与被告续订劳动合同而未订，故应支付被告未签订劳动合同双倍工资差额人民币172500元。原告对仲裁裁决确认的报销款未提出异议，法院依法予以确认。故依照《中华人民共和国劳动法》第三条第一款、《中华人民共和国劳动合同法》第十条第一款、第二款、第八十二条第一款、《中华人民共和国公司法》第四条、第十一条、第四十九条第一款的规定，判决如下：

一、原告上海江夏血液技术有限公司于本判决生效之日起十日内支付被告周庆文2005年9月1日至2011年1月31日期间的工资差额人民币340000元；

二、原告上海江夏血液技术有限公司于本判决生效之日起十日内支付被告周庆

文2010年2月1日至2010年12月31日期间未签订劳动合同的双倍工资差额人民币172500元；

三、原告上海江夏血液技术有限公司于本判决生效之日起十日内支付被告周庆文报销款人民币15927.76元。

周庆文不服一审判决，提起上诉。在二审审理过程中，周庆文申请撤回上诉。经二审法院审查认为，周庆文的撤诉申请符合法律规定，应予准许。故裁定准予周庆文撤回上诉。

【法官后语】

本案涉及劳动法上的一项重要难题："普通劳动者"与"担任公司高管的劳动者"在权利保护的范围和强度上是否应当加以区别？又应在何种程度上体现区别？案件从薪酬确定的角度对该问题作出了回答。

1. 普通劳动者与高级管理人员的身份区别

《劳动法》第二条规定："在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。"在其后关于劳动者权利义务的规定中，法律并未区分劳动者的不同情况加以不同对待，而是作了统一处理。但事实上，在统一的"劳动者"概念下，可以细分出"普通劳动者"和"高级管理人员"两类不同情况，其中"高级管理人员"还可以进一步细分为"身兼董事（或法定代表人）职务的高级管理人员"和"不兼任上述职务的高级管理人员"。

所谓普通劳动者，是指处于从属地位，为他人提供劳动给付，并以此获取工资的人。其最大特点在于：在人格和经济上具有显著的从属性。其必须服从用人单位制定的工作规程，服从用人单位的工作指令；有义务接受检查，以确定是否遵守了工作规程和指令；如有过错行为，还应接受用人单位的制裁；其并非为自己从事营业活动，而是为了用人单位的利益而劳动，因此在经济上不存在独立性。

所谓高级管理人员（简称高管），是指由董事会或总经理聘任的，对内执行日常经营管理业务，对外代表公司的行政首脑或者负责人。根据《公司法》第217条，高级管理人员通常包括：公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书、首席执行官（CEO）、首席财务官（CFO）、首席运营官（COO）等。高级管

理人员与普通劳动者的不同点在于：高管对公司的经营、决策和管理通常具有领导和指挥权力，相对于用人单位的从属性明显弱化。

在高级管理人员中，更为常见的情况是，其同时还兼任公司的董事、执行董事、甚至法定代表人。这类高管兼具双重身份，与公司存在两层法律关系：(1) 在其履行法律及公司章程规定的董事或法定代表人的职责范围内，与公司不存在劳动关系。若要向公司主张董事津贴，应按劳务关系处理。(2) 在其行使高管职权，对公司的日常经营进行管理的范围内，与公司存在劳动关系。

2. 普通劳动者与高级管理人员薪酬决定的不同要求

由于普通劳动者与高管的身份差别，法律对二者劳动报酬的确定方式和要求作了不同的规定。对于普通劳动者而言，工资作为提供劳动的对价，可由劳动者与用人单位进行约定。(1) 在程序上，法律并未对约定的形式、途径作任何强制性的要求。(2) 在实体上，为确保以生存权为基础的工作权的实现，劳动法要求用人单位与劳动者约定的工资不得低于当地的最低工资标准。

但对于高级管理人员、尤其是兼任（执行）董事或法定代表人的人员而言，由于其对公司具有管理决策权，有时甚至具有实际控制权，因此，高管薪酬的确定常常会内含高管与公司间的利益冲突。为保护公司及股东的利益免受不当损害，法律对高管薪酬的决定规定了严格的程序条件：(1) 需由董事会或薪酬考核委员会决定。《公司法》第四十七条第（九）项规定："董事会的职权包括"决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项。"除《公司法》外，证监会2002年发布的《上市公司治理准则》第五十二条还规定，上市公司可以按照股东大会的决议设立薪酬与考核委员会，对高管薪酬行使考核决定权，以防止具有实际控制权的高管操纵董事会，进而形成对自己有利的决议。(2) 有利害关系的董事不得参与表决。《公司法》第一百二十五条对上市公司关联董事回避进行了规定，可以作为参照。(3) 应定期向股东披露薪酬。我国《公司法》第一百一十七条规定："公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。"

3. 普通劳动者与高级管理人员薪酬支付的不同要求

对于普通劳动者而言，工资是保证其本人及家庭基本生活的维系，因此劳动法对工资的支付规定了多重保障：(1) 不得预扣劳动者的工资作为违约金或赔偿费

用，也不得以担保或其他名义向劳动者收取财物。（2）工资应以法定货币形式支付。（3）用人单位应当每月至少支付一次工资，确因生产经营困难需延期一个月支付工资的，需告知全体劳动者，并报主管部门备案。（4）用人单位应足额支付工资，不得对工资的支付附条件，也不得对工资作抵销等。

但对高管人员而言，其薪酬水平不仅较普通劳动者高，而且公司为达到促使高管努力经营的目的，除基本薪资外，还常常会与其约定激励性质的报酬。常见的形式包括年薪制、股权激励等。对于基本薪资的支付，法律给予高管人员的保障与普通劳动者并无不同。但对于基本薪资之外的激励薪酬，由于不涉及劳动者的基本生活需要，可以允许双方对其发放附加条件或期限，待条件成就或期限届至后再行支付。

普通劳动者和高级管理人员在薪酬约定效力认定上的差异，较为典型地折射出二者在权利受保护程度和范围上的区别。本案判决为在其他方面进一步区分不同身份的劳动者，从而正确适用劳动法提供了有益的思路。

编写人：上海市浦东新区人民法院　童蕾

19

劳动者过失造成单位经济损失的是否应当赔偿

——徐婷婷诉北京冠亚名表城劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第03525号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：徐婷婷

被告（上诉人）：北京冠亚名表城（以下简称名表城）

【基本案情】

2007年12月，徐婷婷入职名表城，工作岗位为营业员。工作内容主要负责“江诗丹顿”手表专卖店内的销售工作。2008年8月11日，徐婷婷作为乙方与甲方名表城签订了劳动合同书，内容为：“本合同生效日期2007年12月1日，其中试用期1个月，本合同2008年11月30日终止。”2009年3月8日，名表城制定了《关于手表丢失及手表损坏之规定》，内容为：“1. 手表丢失：……（4）当班的值班组员、店负责人负有连带责任，失职责任人承担零售价的10%，……”，徐婷婷在该规定上签字确认。2009年5月3日17时34分，徐婷婷在工作期间名表城内一块型号为25515.000G.9233的“江诗丹顿”品牌手表被盗，该表销售价格为214000元，徐婷婷向北京市公安局报案，该案目前尚在侦查中。次日起，徐婷婷未到单位工作。2009年6月10日，名表城按徐婷婷在劳动合同中写明的家庭地址向徐婷婷邮寄送达了《解除劳动合同通知书》，内容为：“由于您在2009年5月3日工作中丢失公司价值人民币214000元的手表一只，给公司造成重大损失，且您在2009年5月期间累计旷工已达9天，现根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款、第三款及《员工手册》第六章第五条的规定，决定自2009年6月1日起解除与您2007年12月1日签订的劳动合同。”

2009年10月，名表城向北京市东城区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求（1）确认双方劳动合同关系于2009年6月1日解除；（2）要求徐婷婷赔偿名表城因其工作失职造成的损失21400元。2011年10月10日，北京市东城区劳动争议仲裁委员会作出京东劳仲字［2010］第2830号裁决书，裁决：1. 确认名表城与徐婷婷的劳动合同于2009年6月1日解除；2. 徐婷婷自裁决书生效之日起15日内支付名表城遗失手表损失共计21400元。

徐婷婷对该劳动争议仲裁裁决不服，认为2009年5月3日被告店铺自身管理流程的漏洞造成店铺丢失一只江诗丹顿手表，被告报警，该案公安机关正在侦查中，且该表已上保险。事发后被告利用原告在被告公司工作期间强令原告签署未经公示、未经工会认可的格式条款赔偿要求规定，否则予以解雇，该条款违反合同法相关规定。现诉至法院要求确认原告无需支付遗失手表损失21400元。

【案件焦点】

劳动合同履行期间，因劳动者过错造成用人单位损失的，是否应当按照用人单位的内部劳动规章赔偿损失。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：原被告签订劳动合同为双方真实意思表示，且没有违反国家法律强制性规范，该合同合法有效，合同当事人均应依约定履行合同义务。诉讼当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中名表城提出徐婷婷在工作中存在严重失误，致使手表丢失，应根据公司所制定的《关于手表丢失及手表损坏之规定》承担相应的责任主张，因名表城未就徐婷婷工作中存在不符合工作流程以及造成被告财产的损失数额提供相应证据予以证实，故本院不予支持。现徐婷婷要求确认无需支付遗失手表损失的诉讼请求，理由正当，本院予以支持。双方对于2009年6月1日解除劳动合同的事实均无异议，本院予以确认。综上所述，依据《中华人民共和国劳动合同法》第四条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、确认原告徐婷婷与被告北京冠亚名表城的劳动合同于2009年6月1日解除；

二、确认原告徐婷婷无需支付被告北京冠亚名表城遗失手表损失人民币21400元。

北京市第二中级人民法院认为，名表城主张徐婷婷在工作中存在重大过失，导致手表丢失，依据徐婷婷签字认可的规定，应该承担相应责任，并提交监控录像光盘和《关于手表丢失及手表损坏之规定》予以证明。但监控录像不足以充分证明徐婷婷在工作中存在重大过失，《关于手表丢失及手表损坏之规定》亦没有对失职行为作出具体规定，故本院对名表城的主张不予采信，并对其要求徐婷婷支付遗失手表损失的上诉请求不予支持。综上，原审判决并无不当，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于徐婷婷是否应当按照名表城的内部劳动规章赔偿其丢失

手表零售价金额的10%。从法理上讲，虽然用人单位有权制定内部劳动规章，而且劳动者因过错造成用人单位损失的应当赔偿。但是用人单位制定内部规章对劳动者索赔应具备合法性和合理性。同时，内部规章对劳动者产生效力还需要具备劳资双方已经进行过协商，并予以公示等程序性条件，即使劳动规章符合上述三项条件，但其赔偿数额仍应考虑到劳动者对企业付出的劳动、获得的劳动报酬以及损失是否由保险或者第三人赔付等因素。依据劳动立法的精神，一般过失属于劳动过程中正常的劳动风险，可归入企业的经营风险，由企业承担。店场的安全，也与客流量、安保设施、防范流程、店家经营中存在的固有隐患等综合因素相关。只要正常履职，劳动者就不应承担任何经营风险，特别是珠宝、名表等行业，劳动者工资与其承担的贵重商品保管风险不成比例，除非有重大过错，都应当免责免赔。特别是本案中，用人单位提供的录像显示，名表城营业面积约有100平方米，案发时店内却只有两名店员当班，也没有保安。且该名表城将柜台设在店内中央，相当于开放式售货，顾客可随意站在店员的侧面甚至后面，增加了被盗抢的风险，手表是被人有意盗窃，而非徐婷婷丢失，用人单位或多或少有一定的责任，徐婷婷月工资才1300多元，在本案中其仅存在一般过失，要求徐婷婷对本案承担过高的赔偿责任是不合理的。

编写人：北京市高级人民法院　胡昌明

20

劳动合同违法解除劳动者损害赔偿的认定

——潘江楠诉协鑫太阳能系统集成（苏州）有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省苏州工业园区人民法院（2013）园民初字第0155号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：潘江楠

被告：协鑫太阳能系统集成（苏州）有限公司（以下简称协鑫公司）

【基本案情】

潘江楠原系中电广西防城港电力有限公司（以下简称中电公司）员工，工作近六年时间。自2012年6月开始，协鑫公司就潘江楠进入协鑫公司工作与潘江楠进行沟通。6月21日，协鑫公司人力资源经理陈建秋通过电子邮件将协鑫公司录用通知书发给潘江楠，告知潘江楠已经通过“协鑫太阳能系统集成（苏州）有限公司”的面试，要求潘江楠于2012年7月20日前携带原单位解除劳动合同文件（或离职证明）等相关文件到人力资源部报到，其职位为供应链管理中心采购经理，月收入为税前15120元，标准工资为税前12096元、绩效工资为3024元，在落款处有“协鑫太阳能系统集成（苏州）有限公司”综合管理部总经理兼人力资源总监张小平签名。该公司此后要求潘江楠争取早点到岗。潘江楠向中电公司提出辞职，中电公司于2012年7月25日出具解除劳动合同证明书，同意自即日起与潘江楠解除劳动合同关系。

2012年7月27日，协鑫公司与潘江楠签订劳动合同书，双方约定潘江楠担任供应链采购经理工作。同年8月29日，协鑫公司与潘江楠就解除劳动合同进行协商，潘江楠认为协鑫公司提出的补偿方案不合理，之后多次通过电子邮件提出异议与补偿要求。同年9月17日，协鑫公司向潘江楠发出解除劳动合同通知书，因协鑫公司产业战略转型和组织机构调整，潘江楠的工作岗位也在调整之列，鉴于劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经双方多次协商，未能就变更劳动合同内容达成协议，且无适合的岗位可以调整为由，即日起解除双方于2012年7月27日签订的劳动合同，按现行工资标准支付工资至2012年9月17日止，社会保险及公积金缴至2012年9月30日止，依法支付潘江楠一个月工资15120元作为代通知金，经济补偿金6457.5元。协鑫公司就解除潘江楠劳动关系向公司各部门进行了通报。2012年9月17日潘江楠办理离职交接手续，协鑫公司向潘江楠支付经济补偿金6457.5元、代通知金15120元。

潘江楠认为协鑫公司与潘江楠所签订的劳动合同为无效合同，并要求协鑫公司

赔偿潘江楠经济损失。

【案件焦点】

1. 协鑫公司与潘江楠所签劳动合同是否有效；2. 协鑫公司解除劳动合同是否合法有据；3. 潘江楠所受损失的认定依据、赔偿范围与责任承担。

【法院裁判要旨】

苏州工业园区人民法院经审理认为：用人单位与劳动者在签订劳动合同过程中，双方均应恪尽缔约告知义务。从协鑫公司的录用通知书与劳动合同内容来看，均表明发出录用意思表示以及与潘江楠建立劳动关系的本案被告，并未以虚假身份诱使潘江楠就签订劳动合同做出错误意思表示，劳动合同签订并已实际履行，潘江楠主张确认劳动合同无效，无事实与法律依据，不予支持。

对于劳动合同解除是否合法的问题，从协鑫公司与潘江楠订立劳动合同至公司提出解除劳动合同仅1个多月时间，在协鑫公司招聘潘江楠之前，其所经营的光伏产业即存在不容乐观的危机，该危机并非在此一个月中突然出现，欧盟双反调查也并非不可抗力，协鑫公司未能举证证明存在其他导致劳动合同不能继续履行的客观经济变化，其对潘江楠解除劳动合同已构成违法解除，应依法向潘江楠支付赔偿金12915元。

关于潘江楠主张的各项损失，综合考虑潘江楠的自身条件、原工作年限、原劳动合同期限、原工资水平、协鑫公司许诺职位、劳动报酬、期限、就业环境及再就业的可能性等因素，除赔偿金以外，酌情确定潘江楠的损失。潘江楠择业不慎重可适当免除协鑫公司的赔偿责任。

苏州工业园区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条、《中华人民共和国合同法》第一百零七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告协鑫太阳能系统集成（苏州）有限公司于本判决生效之日起十日内支付原告潘江楠违法解除劳动合同赔偿金及损失赔偿款合计45580.5元；

二、驳回原告潘江楠的其他诉讼请求。

一审判决作出后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已生效。

【法官后语】

本案主要涉及劳动合同效力审查与违法解除情况下劳动者损失补偿的问题。我国《劳动合同法》第八十六条规定，“劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任”，第八十七条规定，“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金”。上述两条对于劳动合同确认无效情况下用人单位的损害赔偿责任与违法解除劳动合同情况下赔偿金的支付责任作出了规定，但对于违法解除劳动合同劳动者实际损失与期待利益损失远高于赔偿金的赔偿依据未作规定，司法实践中也存在争议。

本案中，劳动合同已实际履行，协鑫公司对公司背景与前景的夸大描述并不能认定为欺诈，劳动合同不可认定为无效劳动合同，潘江楠不能基于无效劳动合同主张损害赔偿。而协鑫公司在光伏产业已出现危机、经营存在较大风险的情况下仍然轻率地以较高报酬与较优发展前景诱惑劳动者，而此后更是仅一个多月便随意解除，恶意明显，其将经营风险转嫁于劳动者的做法有违诚信原则，应承担违法解除劳动合同的赔偿责任。但对于潘江楠来说，其放弃原先稳定的工作机会、异地就业，未来工资、社会保险、公积金、生活成本均是其损失，而其在协鑫公司工作时间短，法律规定的赔偿金远不能弥补其损失。本案从立法本意出发，既进行利益考量，尽可能维护劳动合同效力，维护劳动关系的稳定，也从民法上的损害补偿原则出发，将法律没有明文规定的赔偿金不能弥补的劳动者损失也纳入用人单位赔偿范围，充分保障了劳动者的合法权益，对于促进诚信用工，构建稳定和谐的就业环境有重要意义。

编写人：江苏省苏州工业园区人民法院　吴婕

21

劳动合同到期但服务期尚未届满时劳动关系如何处理

——高力物业公司诉徐志宏劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第08866号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：高力物业公司

被告（被上诉人）：徐志宏

【基本案情】

徐志宏原系高力物业公司员工，双方签订有期限自2010年1月21日至2011年4月20日的劳动合同。2010年7月27日，高力物业公司作为甲方与作为乙方的徐志宏签订培训协议书，该协议书第一条约定：甲方根据工作需要，出资资助乙方接受旨在提高乙方业务技能的培训，乙方同意接受甲方的培训资助。第三条约定：乙方有责任保证按培训协议规定，在培训课程全部结束之日起在甲方服务满24个月（下称“承诺服务期限”）。若本协议规定的服务期限与劳动合同或其他培训协议约定不一致的，以劳动合同服务期限最长的为准。在承诺服务期限内，当甲方要求乙方续签劳动合同，乙方必须续签，继续为公司服务。第十条约定：本协议作为甲乙双方签订的劳动合同的补充协议，若本协议与原劳动合同不一致的以本协议为准。

2011年3月17日，徐志宏签收了高力物业公司向其送达的《劳动合同解除通知书》，该通知书载明双方劳动关系于2011年4月20日终止，高力物业公司不再与徐志宏续签劳动合同。同年4月20日，双方办理了离职手续，徐志宏签署了《员工离职核算单》、《补偿金计算明细》等材料。高力物业公司在2011年4月28

日支付徐志宏终止劳动合同的经济补偿金18166.50元。

高力物业公司提交证人展某某的出庭证言，展某某称其系高力物业公司员工，与高力物业公司签有期限自2008年11月21日至2011年11月20日的劳动合同，并且在2010年12月14日与高力物业公司签署培训协议书，其在前述劳动合同到期之前，即2011年10月24日，与高力物业公司续签了劳动合同，同时其表示在签订培训协议书时知晓培训协议书中承诺服务期并未延长劳动合同的期限。在双方当事人询问证人时，展某某表示：其与高力物业公司续签劳动合同系自愿行为，且只要其没有异议，高力物业公司会一直与其续签劳动合同。徐志宏认为展某某的陈述前后矛盾，且认为展某某的当庭回答询问可以佐证自己的主张。

2011年7月，徐志宏以高力物业公司违法解除双方劳动关系为由，向北京市东城区劳动争议仲裁委员会（以下简称东城仲裁委）提出申请，要求高力公司支付赔偿金差额21420.47元。2011年12月，东城仲裁委经审理后裁决：

一、高力物业公司支付徐志宏违法解除劳动合同的赔偿金差额18166.50元；

二、驳回徐志宏的其他申请请求。

【案件焦点】

劳动合同到期但约定服务期尚未届满时劳动关系如何处理。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：高力物业公司作为用人单位应对徐志宏的劳动关系处理情况提供明确的证据予以证明。现高力物业公司对于徐志宏主张双方所签劳动合同期限已延长至2012年8月12日、高力物业公司2011年4月20日以劳动合同到期为由解除双方劳动关系违法并要求支付二倍的赔偿金不予认可，对此高力物业公司未提交明确证据作出合理解释且亦未提供充分证据证明解除双方劳动关系存在合法性的情况下，高力物业公司应当承担举证不能的不利后果，法院认定高力物业公司系违法解除与徐志宏的劳动关系。据此，判决：高力物业公司于本判决生效后十日内支付徐志宏违法解除劳动合同赔偿金的差额18166.50元。

高力物业公司持原审起诉意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：本案的争议焦点在于，高力物业公司在与徐志宏约定的服务期尚未届满但双方劳动合同期满时，与徐志宏解除劳动合同是否违法。《中华人民共和国劳动合同法

实施条例》第十七条规定，劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。高力物业公司与徐志宏签订有期限自2010年1月21日至2011年4月20日的劳动合同。其间2010年7月27日，双方签订了培训协议书并约定了24个月的服务期限。双方在培训协议书第三条中约定：若本协议规定的服务期限与劳动合同或其他培训协议约定不一致的，以劳动合同服务期限最长的为准。该约定并非高力物业公司主张的“以劳动合同期限为准”。综合双方劳动合同未约定服务期限的事实以及双方培训协议书第十条的约定内容等情况，高力物业公司无法证明其公司与徐志宏对服务期尚未届满但劳动合同期满的情况下，双方劳动合同是否续延的问题做出了明确的约定，因此应当按照前述法律规定处理双方劳动合同续延问题，即高力物业公司与徐志宏的劳动合同应当续延至服务期满。现高力物业公司在双方签订的劳动合同到期时，并未将劳动合同续延至双方约定的服务期满时，且与徐志宏解除劳动合同，违反相关法律规定，依法应当支付徐志宏违法解除劳动合同的赔偿金。徐志宏认可高力物业公司在2011年4月20日已经向其支付经济补偿金18166.50元，故原审法院判令高力物业公司向徐志宏支付违法解除劳动合同赔偿金的另一倍差额18166.50元，并无不当。北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点在于对约定服务期以及服务期与劳动合同期限关系的理解。

《劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。”为用人单位与劳动者约定服务期提供了法律依据，并且该条款对劳动者违反服务期的法律责任以及劳动者在服务期内的劳动权利均作了明确规定。一般认为，约定服务期是在劳动者接受用人单位提供的劳动技能提升机会之后在自由择业权上受到的一定限制，用人单位在遵守劳动合同约定的基础上对劳动者为其提供劳动的期限享有较为稳定的预期。因此，约定服务期先于劳动合同到期或两者同时到期时，一般不会产生难以处理的情况。

当劳动合同到期但服务期尚未届满时，用人单位应当继续履行劳动合同至服务期满亦或有权终止劳动合同?《劳动合同法实施条例》第十七条对此作了明确的规

定："劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。"从前述规定中可以看出，除非用人单位与劳动者就劳动合同期满而服务期尚未届满时的处理作出了明确约定，否则用人单位亦应受服务期的约束，将劳动合同续延至服务期满。

具体到本案中，双方培训协议的第三条中约定：若本协议规定的服务期限与劳动合同或其他培训协议约定不一致的，以劳动合同服务期限最长的为准。高力物业公司据此主张双方已经约定以劳动合同期限为准。但是，需要明确的是，双方劳动合同中包含培训及服务期限条款，但该条款并未明确载明服务期限的长度，且劳动合同期限与服务期限二者内涵并不一致，因此，二审法院没有采纳高力物业公司的这一意见。在这种情形下，双方并不具有《劳动合同实施条例》第十七条规定的"另有约定"情形，所以高力物业公司在未将与徐志宏的劳动合同续延至服务期满时，以劳动合同到期终止为由解除与徐志宏的劳动关系，没有法律依据，应当支付徐志宏违法解除劳动合同赔偿金的差额。

编写人：北京市第二中级人民法院　曹文祥

22

飞行员离职引发培训费争议，应如何确定飞行员应支付的数额

——王淑华诉中国联合航空有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第3556号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告、上诉人）：王淑华

被告（反诉原告、上诉人）：中国联合航空有限公司（以下简称联合航空公司）

【基本案情】

王淑华于2006年5月9日入职联合航空公司，担任飞行部飞行员，双方未签订劳动合同。2010年11月7日，王淑华以联合航空公司“未与我签订劳动合同、未兑现进京户口承诺、未依法支付加班工资、未按规定安排疗养”为由，通过快递方式，向联合航空公司书面提出解除劳动关系，联合航空公司于同月10日收到该邮件。此后，王淑华未至联合航空公司工作。同月29日，王淑华申诉至北京市丰台区劳动争议仲裁委员会，要求解除与联合航空公司的劳动关系、联合航空公司支付未签订劳动合同二倍工资等。联合航空公司于2011年4月26日提出仲裁申请，要求王淑华支付其培训费、补偿招收录用培训费等。北京市丰台区劳动争议仲裁委员会于同年6月22日作出裁决：双方劳动关系于2010年12月7日解除、联合航空公司为王淑华办理人事档案及社会保险关系转移手续、出具解除劳动关系证明，王淑华返还联合航空公司培训费2101217元、返还购房补贴118340元、交回《飞行经历记录本》及飞行执照，并驳回王淑华及联合航空公司其他仲裁请求。裁决后，王淑华与联合航空公司均不服起诉至法院。

审理中，联合航空公司主张招收王淑华曾支付推荐费，还曾多次送王淑华至中国民用航空飞行学院等地进行培训，共计投入2101217元的培训成本。王淑华对于联合航空公司支付推荐费及送其参加训练的事实不持异议，但对联合航空公司主张的招收录用培训费数额不予认可。

【案件焦点】

王淑华应支付的联合航空公司的招收录用培训费数额应当如何计算。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：王淑华认可联合航空公司招录其支付了推荐费，亦认可参加培训，但其入职联合航空公司前系部队飞行员，亦在联合航空公司服务四年有余，故法院酌情认定王淑华应支付联合航空公司招收录用培训费七十万元。北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第五十条等规定，作出如下判决：

一、王淑华于判决生效后七日内支付中国联合航空有限公司招收录用培训费七十万元；

二、驳回王淑华及中国联合航空有限公司其他诉讼请求。

王淑华、联合航空公司均不服原审判决提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：联合航空公司在招录王淑华时曾向军队支付了一定的推荐费用，王淑华虽曾是军队飞行员，但按照中国民用航空局相关规定，王淑华进入联合航空公司后仍然需要接受相关培训。飞行员具有专业性及特殊性，属于高技能人才，需要长时间的能力培养过程及持续的能力保持过程，王淑华经招录进入联合航空公司工作四年半，并被逐级提升，在此过程中联合航空公司必然对其进行过持续不断的培训并支付了相应培训费用。故王淑华提出与联合航空公司解除劳动关系，应当支付联合航空公司相应的招收录用培训费。为切实维护航空安全，且考虑到王淑华在进入联合航空公司前有一定的飞行基础，故结合本案事实并参考中国民用航空局相关规定，应酌情判决王淑华支付联合航空公司招收录用培训费120万元。北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第五十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

一、撤销北京市丰台区人民法院（2011）丰民初字第17164号民事判决第二项；

二、变更北京市丰台区人民法院（2011）丰民初字第17164号民事判决第一项为：王淑华于本判决生效后七日内支付中国联合航空有限公司招收录用培训费一百二十万元；

三、驳回王淑华及中国联合航空有限公司其他诉讼请求。

【法官后语】

近年来，随着我国民用航空事业的高速发展，不同投资形式的航空公司大量涌现，迫切需要大量的飞行员投入运营，但我国飞行员的“存量”主要由几家大型国有航空公司培养，数量有限，而重新培养新的飞行员需要投入大量的经济成本和时间成本，供需矛盾直接导致航空公司之间不惜重金“互挖墙脚”，造成飞行员频繁跳槽引发的劳动争议案件增长较快。北京市第二中级人民法院曾就该类案件进行专项调研，发现此类案件呈现如下特点：一是涉案金额较大；二是飞行员拟入职航空

公司“后台操控”；三是飞行员辞职方式呈现“模式化”；四是培训费数额难以确定。飞行员跳槽案件具有特殊性，给法院审判工作及民用航空行业带来了一定的负面影响，具体表现为：一是调解难度大；二是执行难度较大；三是飞行员大量跳槽威胁航空安全；四是国有资产流失。

具体到本案中，审理的难点在于：第一，要依照劳动法相关规定依法保护飞行员的合法权益，判决飞行员赔付过高的招收录用培训费，不利于满足市场经济对飞行员流动的合理需求，也不利于保障飞行员的自主择业权；第二，要切实维护航空安全并兼顾对国有资产的保护，判决飞行员赔付过低的招收录用培训费，会导致飞行员因流动门槛过低而频繁跳槽，从而威胁到航空安全，另一方面也会造成国有资产大量流失。

针对上述审理难点，北京市第二中级人民法院采取如下审理思路：(1) 公开开庭审理，确保程序公正。(2) 充分调查取证，准确把握文件精神。合议庭多次和中国民用航空局人教司取得联系，就相关文件的具体涵义、实际运用及特殊情况进行了深入的探讨和分析，并就该类案件进行调研，向相关部门提出改进建议。(3) 注重法律效果和社会效果的统一。合议庭努力兼顾保障飞行员劳动权益、维护航空安全、防止国有资产流失的有机统一。

经过审理，合议庭认为，原审法院判决王淑华仅向联合航空公司支付招收录用培训费70万元，不符合法律规定的公平原则，与中国民用民航局的文件精神亦有出入，对航空安全也容易产生不利影响。根据民航人发［2005］104号及109号文件精神，招收录用培训费的计算应以70万为基数，按照每年14万递增，王淑华在联合航空公司工作四年半，以此计算应为133万，但考虑王淑华入职前有一定飞行基础，合议庭决定改判王淑华向联合航空公司支付招收录用培训费120万元。

该案与航空安全密切相关，社会影响大、关注度高、审理难度大。因此，该案改判具有如下意义：达到了规范飞行员合理流动与切实维护航空安全的有机统一。本案件的审理以规范民航飞行人员流动管理为原则，以确保飞行安全为目的，同时兼顾保护资产及维护飞行员权益。本案改判飞行员向航空公司支付培训费120万元，一方面跳槽门槛不算太高从而有利于飞行员合理流动，另一方面也防止因跳槽门槛过低导致飞行人员跳槽泛滥危及航空安全。

编写人：北京市第二中级人民法院　窦江涛

23

能否在劳动合同中约定“月工资标准中已经包括加班费”

——北京禧天龙塑料制品有限公司诉何军劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级法院（2012）二中民终字第7690号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：北京禧天龙塑料制品有限公司（以下简称禧天龙公司）

被告（上诉人）：何军

【基本案情】

2010年12月20日，何军入职禧天龙公司担任储运部主管职务，同日双方签订书面劳动合同，约定试用期为2个月，劳动合同终止日期为2012年12月19日。2011年10月17日，何军离职。

何军离职后向北京市通州区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求禧天龙公司支付2010年12月20日至2011年10月17日期间休息日39天的加班工资等。该仲裁委员会于2011年12月23日作出京通劳仲字［2011］第3535号裁决书，裁决禧天龙公司支付何军2010年12月20日至2011年10月17日期间休息日39天加班工资15607元。禧天龙公司不服该裁决，诉至法院。

何军主张其存在休息日加班，禧天龙公司未支付加班费。禧天龙公司认可何军存在加班情形，称何军的工资中包含加班费，该公司已足额支付。为证明其主张并反驳何军的主张，禧天龙公司提交了劳动合同、2011年1月至9月工资表及何军存折复印件。劳动合同约定何军每周工作6天，每天工作时间为8小时，超出国家法定工作时间的部分，在工资中给予体现和补偿，禧天龙公司按公司规定保证何军月

薪3500元，岗位津贴和奖金待遇按公司统一规定执行；工资表记载工资项目构成为：基本工资、岗位工资、加班工资及绩效奖励，其中加班工资为2011年1月1000元，2月至9月每月1400元；存折复印件显示实得工资数额与工资表相符。何军对上述证据不予认可，称其签字时劳动合同中工资处为空白，工资表上无其签字确认，双方约定工资3500元并不包含加班费，但未能提供确实有效证据进行反驳。

【案件焦点】

双方约定“月工资标准中已经包括加班费”是否合法有效。

【法院裁判要旨】

北京市通州区人民法院经审理认为：当事人对自己的主张有责任提供证据予以证实，不能提供证据或者所提供的证据不能证实自己主张的，应承担举证不能的法律责任。何军在禧天龙公司工作期间，存在加班情形，对于禧天龙公司是否已足额支付何军加班费，法院认为，首先双方的劳动合同约定何军每周工作6天，超出国家法定工作时间的部分在工资中给予体现和补偿；其次，禧天龙公司提交的工资表显示其已按月足额支付何军加班费，且该工资表数额与何军实得工资数额相符，何军虽对此予以否认，但未能提供证据进行反驳；再次，扣除加班费折算何军正常工作时间工资不低于北京市最低工资标准。故对何军的主张，法院不予采信；对禧天龙公司要求不支付何军加班工资的诉请，有事实与法律依据，予以支持。

北京市通州区人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，作出如下判决：北京禧天龙塑料制品有限公司支付何军2010年12月至2011年6月期间未缴纳养老保险损失赔偿金人民币524.80元，于判决生效之日起七日内执行。

何军持原审起诉意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：何军主张其每月实得工资中不包含加班工资，但禧天龙公司与何军在劳动合同中约定何军每周工作6天，超出国家法定工作时间的部分在工资中给予体现和补偿；禧天龙公司提交的工资表亦显示该公司已经按月支付给何军加班工资，且所发工资中扣除加班工资后的折算数额不低于北京市最低工资标准。何军主张签订劳动合同时工资数额处为空白，依据不足，且何军作为具有完全民事行为能力的民事主体，应知晓自

己签字的法律后果，故对何军的此主张不予采信。何军称禧天龙公司提交的工资表无本人签字，对其真实性不予认可，并提交电子邮件佐证，但何军提交的电子邮件不属于新证据，禧天龙公司不予认可，且工资表显示的发放数额与何军的工资实得数额相符，故对何军的主张不予采信。综上，何军上诉要求休息日加班工资的请求，依据不足，不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

实践中，有些工作岗位存在加班时间较为固定的情况，用人单位会设定固定的加班费，意图避免每月核算加班工资的繁琐。但劳动合同中约定月工资标准包括加班费的，如果仅概括约定月工资标准中包含加班工资，对加班时间和加班工资的约定过于笼统，可能会导致劳动者在签订劳动合同时无法预见具体的加班时间，这种概括性约定使得用人单位能够不受限制地安排劳动者进行加班，又确有侵害劳动者休息权利之嫌。且劳动合同中关于月工资标准中包含加班费的约定无论多么具体、明确，如果与法律强制性规定相悖，则应属无效。因此，关于月工资标准中能否包括加班费的约定应该分情况区别对待。

一般情况下，如果劳动者在签订劳动合同时已经明确知道需要加班的具体时间，且约定的工资收入不低于以当地最低工资数额按标准工时工资折算的工资总额，约定未违反法律强制性规定，应认定有效。本案中，何军每周工作6天，虽然存在加班的事实，但双方在签订劳动合同之时便已经对每周6天的工作时间达成共识，并在劳动合同中约定超出国家法定工作时间的部分在工资中给予体现和补偿，每月的月工资数额也是何军认可的。此外，何军所发工资中扣除加班工资后的折算数额不低于北京市最低工资标准，因此，何军主张休息日加班工资的诉讼请求未被支持。

需要指出的是，劳动合同约定工资标准包括一个固定时间的加班工资，往往没有明确指出或约定加班工资的计算基数。以最低工资标准为基数计算劳动者加班时间工资，对于劳动者来说并不公平。最低工资只是保障劳动者基本生活的最低限度，而大多数劳动者正常工作时间的工资均高于最低工资标准。在劳动合同中约定

月工资标准中包括加班费，虽然没有违反法律规定，但实则暗含着损害劳动者合法权益的可能性，不应该予以提倡。

编写人：北京市第二中级人民法院　易晶晶

24

用人单位在职工怀孕期间对其作出待岗、调薪决定的效力认定

——葆婴有限公司诉苏畅劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2011）二中民终字第01702号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：葆婴有限公司（以下简称葆婴公司）

被告（上诉人）：苏畅

【基本案情】

苏畅于2001年6月18日入职葆婴公司，双方签订书面劳动合同，最后一份劳动合同期限自2008年2月1日至2010年1月31日，合同约定：其岗位为财务部城市会计，月基本工资为4200元（税前），每月底支付工资，工资支付周期为上月20日至本月19日。2008年4月14日，苏畅向葆婴公司请病假并提交了为期一周的病假条，假期满后定期去医院进行产前检查，苏畅出具了2008年4月23日产前检查记录报告——《民航总医院超声波诊断记录报告》，载明有早孕、保胎等记录。2008年11月9日，苏畅正常生产。葆婴公司于2008年7月21日通知苏畅在家待岗保胎休息，自2008年6月至2010年1月每月发放800元工资。苏畅出具了2008年6月24日葆婴公司做出的《通报》，内容为鉴于苏畅提供虚假假条事实清楚且证据确凿，该行为违反了公司《员工手册》严重违纪行为第四条，本应辞退，但考虑

至苏畅现怀孕，经慎重考虑，公司决定：免去苏畅会计职务，待岗时间至合同到期，合同到期后将不再续签，且不支付任何补偿。2009年，苏畅向北京经济技术开发区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，2010年7月30日，北京经济技术开发区劳动争议仲裁委员会作出京开劳仲字（2009）第132号裁决书，裁决葆婴公司支付工资差额及终止劳动合同经济补偿金。葆婴公司对仲裁裁决不服向法院提起诉讼。

【案件焦点】

1. 原告在被告怀孕期间做出待岗、调薪决定是否有效；2. 原告在被告怀孕期间能否终止劳动合同。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：从《通报》的内容可以看出，葆婴公司对苏畅作出待岗、调薪的决定是根据其存在违纪行为，但庭审中葆婴公司并未出具证据证明苏畅存在违纪行为，且苏畅正处于孕期。葆婴公司作出的待岗、调薪决定缺乏事实及法律依据。故葆婴公司向苏畅发出的在家待岗的《通知》亦缺乏事实及法律依据。庭审中，葆婴公司主张做出待岗决定是依据《员工手册》第十页关于假期管理的第一条、第十四页关于长期病假及其病假相关管理规定，但其主张的条款中未显示可对员工做出待岗决定的相关规定。同时葆婴公司在庭审中表述的决定苏畅待岗所依据的事实与其《通报》中决定苏畅待岗所依据的事实不一致，且其认可《通报》的真实性，故本院对葆婴公司在庭审中的主张不予采信。葆婴公司对工资明细表二的真实性无异议，本院对该证据予以采信。依据《女职工劳动保护规定》第四条："不得在女职工怀孕、产期、哺乳期降低其基本工资，或者解除劳动合同"、《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条："用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；……逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；……"的规定，苏畅与葆婴公司签订的劳动合同约定其月基本工资为4200元（税前），葆婴公司不应在苏畅怀孕期间降低其基本工资，故葆婴公司应支付苏畅2008年6月20日至2010年1月31日的工资差额。

葆婴公司同意仲裁裁决第二项内容，即支付苏畅终止劳动合同经济补偿金

10500元，苏畅亦同意仲裁裁决结果，北京市东城区人民法院对仲裁裁决第二项内容予以维持。

据此，北京市东城区人民法院依据《女职工劳动保护规定》第四条、《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条之规定，判决如下：

一、自本判决书生效之日起七日内，原告葆婴有限公司支付被告苏畅2008年6月20日至2010年1月31日的工资差额62678.65元；

二、自本判决书生效之日起七日内，原告葆婴有限公司支付被告苏畅终止劳动合同经济补偿金10500元；

三、驳回原告葆婴有限公司其他诉讼请求。

一审判决后，葆婴有限公司及苏畅均不服判决，上诉至北京市第二中级人民法院。二审法院经审理认为：原审法院根据现有证据计算的数额并无不当，本院予以维持。关于终止劳动合同经济补偿金的问题，因北京经济技术开发区劳动争议仲裁委员会作出相应裁决后，葆婴公司与苏畅均未提出异议，故对葆婴公司上诉不同意支付苏畅终止劳动合同经济补偿金及苏畅上诉要求葆婴公司支付其违法解除劳动关系赔偿金之主张，本院均不予支持。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，本院判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

女职工由于生理特点，往往处于弱势地位，国家对于女职工规定了特殊劳动保护，但有些用人单位为了逃避法律责任，采取多种间接手段，侵害女职工的劳动权益。《女职工劳动保护规定》第四条规定：不得在女职工怀孕、产期、哺乳期降低其基本工资，或者解除劳动合同。但有的用人单位为了规避法律，降低用工成本，对处于怀孕期的女职工，以不能胜任本职工作或者请假手续不符合公司规定为由，调整女职工原来的工作岗位，降低她们的薪酬迫使她们自动离职，从而达到解除合同的目的。本案中，被告苏畅处于怀孕期，原告公司以被告身体不适、请假手续不合格的理由，发出待岗通知，只给付最低工资的行为，没有事实与法律依据，严重侵犯了被告苏畅的合法权益。原告公司应按双方劳动合同约定的工资数额为基数，补齐苏畅待岗期间的工资差额。

根据《劳动合同法》第四十二条，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依

照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；第四十五条，劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。本案中，被告于双方劳动合同期内怀孕，即使合同到期，也要顺延至怀孕期结束，上述期间原告葆婴公司解除与被告苏畅的劳动合同明显违反了法律的规定，应依法支付被告违法解除劳动合同赔偿金。本案中，仲裁裁决原告葆婴公司支付被告苏畅终止劳动合同补偿金，虽属不当，但葆婴公司与苏畅均未提出异议，根据先仲裁后起诉的原则，原仲裁裁决书第二项关于终止劳动合同经济补偿金的裁决结果生效，故法院仍维持了仲裁裁决结果，不再支持当事人要求支付违法解除劳动合同经济补偿金之请求。

编写人：北京市东城区人民法院　李彦宏

25

解雇孕期妇女是否构成违法解除劳动合同

——郭洁苗诉中山市永怡物业管理有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省中山市第一人民法院（2012）中一法民六初字第216号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告：郭洁苗

被告：中山市永怡物业管理有限公司

【基本案情】

原告郭洁苗系被告中山市永怡物业管理有限公司的员工，双方签订了劳动合同，约定原告的职务为管理员，月正常工作时间工资为949元。原告妊娠期间因先兆流产，于2011年2月11日开始请假在中山市博爱医院治疗，后该院根据原告的

病情多次出具疾病证明书，原告持疾病证明书多次向被告办理请假手续。在此期间，原告先后三次擅自更改疾病证明书中建议休息的时间，其中医院于2011年4月4日和29日分别出具的疾病证明书（编号分别为：0021685、0021448）建议休息“伍天”，均被更改为“拾伍”天，同年5月19日出具的疾病证明书（编号为：0021498）建议休息“叁天”被更改为“叁拾”天。因建议休息时间被原告更改，原告请假时间增加了47天，即原告多休假47天。中山市博爱医院于2011年6月14日出具书面情况说明，确认上述疾病证明书中建议休息的时间被更改情况。原、被告双方于2011年7月23日解除劳动关系。当日，被告出具解除劳动合同通知书，内容显示被告于2011年7月23日以原告违反员工手册第“4.3.5”条（内容显示“另有其他违纪行为，视情节轻重处以警告处罚或开除”），根据《劳动合同法》第三十九条的规定与原告解除劳动关系。原告于2011年9月21日生育。原告认为其更改疾病证明书的行为虽有不妥，但是出于身体状况差（先兆流产），且丈夫不便经常去医院，为图方便才作出此行为。原告的身体状况确实需要长期休息保胎，并不是为了骗取休假而刻意作假。医院方在确认该更改疾病证明书的行为存在的情况下，之后还多次为原告开出新的休假单，说明原告之前的休息都是必要的。被告以自行制订的规定，不考虑实际状况，将一名为公司服务多年有孕在身的老职工随意开除，是有失公平的。遂向中山市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决被告支付：1. 解除劳动关系的经济补偿金16000元（2000元/月×8个月）；2. 产假工资4400元。该仲裁委于2012年5月31日作出中劳仲案字（2012）1189号仲裁裁决书，裁决驳回原告全部仲裁请求。原告不服该仲裁裁决，诉至法院，请求判令被告向原告支付：1. 解除劳动关系经济补偿金16000元；2. 产假工资8000元及孕期未支付的工资6720元。

【案件焦点】

1. 被告中山市永怡物业管理有限公司解除与原告郭洁苗之间的劳动合同关系是否属于违法解除；2. 被告中山市永怡物业管理有限公司是否需要支付原告郭洁怡产假工资。

【法院裁判要旨】

关于焦点一，原告郭洁苗因病请假，应按医疗部门出具的疾病证明书建议的休

息时间向被告办理相应的请假手续，但原告擅自更改疾病证明书中建议休息的时间，骗取被告批准请假，致其多休假 47 天，其行为明显严重违反用人单位的规章制度，被告于 2011 年 7 月 23 日与原告解除劳动关系，依法并无不妥。该解除情形不符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定的可获得经济补偿金的情形，原告请求被告支付解除劳动关系的经济补偿金，依法不予支持。

关于焦点二，原告请求被告支付产假工资 8000 元，劳动报酬的支付应该是以劳动关系的存在为前提的，无论用人单位是否违法解除劳动合同，只要劳动关系终止，劳动报酬就不需要支付。产假工资实际上也是劳动报酬的一种，若劳动关系在生育前就终止，产假工资就不应该支付。因原、被告已于 2011 年 7 月 23 日解除劳动关系，原告于 2011 年 9 月 21 日生育，该项请求没有事实依据，不予支持。

综上所述，法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第（二）项、第四十六条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，判决驳回原告郭洁苗的诉讼请求。

【法官后语】

本案是关于解除与孕期妇女之间劳动关系的典型性案例。一直以来，《劳动法》、《劳动合同法》都被称为是偏向于劳动者的法律，对于作为孕期妇女的劳动者更是给予了周到保护。然而保护不等于纵容，当孕期妇女严重违反用人单位规章制度时，不能因其孕期妇女的身份而予以免责，用人单位解除劳动关系没有过错。

《劳动合同法》第三十九条规定，“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的；……”根据《劳动合同法》第四十二条的规定，“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：……（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；……”根据上述规定，对孕期妇女，用人单位不能以预告解除、裁员解除的方式解除双方的劳动关系，但是孕期妇女若严重违反用人单位规章制度的，用人单位仍然可以不需要支付任何经济补偿金即解除与孕期女员工的劳动关系。本案的焦点在于能否认定用人单位的解雇情形符合《劳动合同法》第三十九条的规定。

从上述规定可以看出，国家法律对孕期女职工是作为特殊主体进行保护的。而在一般实际操作中，用人单位也不敢随意解除与孕期女工的劳动关系。然而本案中

法院最终认定原告的行为构成严重违反公司规章制度，被告以此解雇原告不符合违法解除劳动关系的情形。理由如下：

原告在本案中以身体不适不能经常到医院开具休假单为由变造了医院给其出具的休假单，虽然有医疗部门出具的疾病证明书证明原告的确存在先兆性流产的病征，可能在实际中，原告也的确需要如此多的假期进行休息，但是这并不能作为原告修改休假单的理由。原告修改休假单的行为欺骗了用人单位，也严重违反了用人单位的规章制度，用人单位以此为由解雇与原告的劳动关系并无不妥。

编写人：广东省中山市第一人民法院　梁心然

26

如何确定出租车公司与司机之间交强险赔偿限额之外的责任承担比例

——北京市海淀利强出租汽车公司诉马全红劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2012）海民初字第09213号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：北京市海淀利强出租汽车公司（以下简称利强公司）

被告：马全红

【基本案情】

2005年12月25日，马全红入职利强公司，岗位为出租车司机，双方签有期限自2009年12月25日至2012年11月18日的劳动合同书及承包营运合同书，载明：马全红应按时足额缴纳营运承包定额并承担责任交通事故应由自身承担的责任

部分。

2010年12月22日，马全红驾驶出租车与耿云东发生交通事故，致耿云东受伤，经认定马全红负事故的全部责任。该出租车在紫金财产保险股份有限公司北京分公司（以下简称紫金保险北京分公司）投保交强险。耿云东以要求利强公司、紫金保险北京分公司支付医疗费等为由向北京市朝阳区人民法院提起诉讼，该院于2011年11月17日作出（2011）朝民初字第24051号民事判决书，判令紫金保险北京分公司在交强险责任范围内给付耿云东医疗费10000元、误工费12667元、护理费3114元、伤残赔偿金87219元、精神损害抚慰金7000元，利强公司给付耿云东医疗费26283.7元、交通费300元、住院伙食补助费1100元、鉴定费2250元、护理费146元、被扶养人生活费11960.4元，驳回耿云东的其他诉讼请求。另查，利强公司已向北京市朝阳区人民法院提交该公司应当支付的案款共计42040.1元且利强公司认可马全红已经垫付交通事故受害人耿云东7544.77元医药费。

2011年12月28日，利强公司将马全红所驾驶的出租车的车钥匙、服务监督卡及计价器收回。马全红未支付利强公司2012年1月11日至2月2日期间的营运费用。利强公司主张2011年12月28日收车之后已经告知马全红第二日回公司协商解决问题，但马全红一直未回公司，故马全红应支付上述期间的固定营运费用2838元及滞纳金1391元；马全红则主张收车当日利强公司的经理告知其已被开除，故而其无需支付上述期间的营运费用。

利强公司于2012年2月5日作出《解除劳动合同通知书》，以马全红违反劳动纪律、旷工达到5天以上为由解除劳动合同，并在其中载明劳动关系结束时间为2012年2月3日。同月10日，利强公司向马全红寄送上述《解除劳动合同通知书》，马全红认可收到上述《解除劳动合同通知书》。

2012年3月6日，利强公司以要求马全红支付损失为由向北京市海淀区劳动争议仲裁委员会提出申请，该委于当日作出不予受理案件通知书。利强公司不服，于法定期限内向北京市海淀区人民法院提起诉讼。

【案件焦点】

因出租车司机过错而导致交通事故，在出租车公司对受害人履行赔偿责任后，如何确认交强险承担限额之外的出租车公司与司机之间的责任承担比例。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：本案中，作为利强公司的员工，马全红在驾驶出租车过程中造成交通事故，且马全红对该交通事故承担全部责任。在马全红垫付交通事故受害人7544.77元医药费之后，利强公司最终亦在交强险承担责任限额之外赔付交通事故受害人42040.1元并承担诉讼费用3540元。利强公司主张根据双方签订的《承包营运合同书》的约定以及马全红书写的保证，马全红应该承担超出交强险赔偿份额之外的损失；马全红则主张作为用人单位的利强公司应当承担上述针对交通事故受害人的赔偿责任，利强公司没有权利向其追偿。对此本院意见如下：

本案中，2009年12月20日马全红书写了保证，根据保证的内容，马全红已经向利强公司作出了“发生交通责任事故，保险公司赔偿部分由公司办理，超出保险赔偿的损失由责任人自行承担”的承诺，而根据双方签订的《承包营运合同书》的约定，马全红亦应承担责任交通事故应由其自身承担的责任部分。根据上述证据材料，本院可以认定，利强公司与马全红之间确有“马全红发生交通责任事故后，交强险以外的损失由马全红个人承担”的约定。在此情况下，马全红提出其是在运营过程中发生交通事故属于执行工作任务而造成他人损害，赔偿责任全部应由利强公司承担的抗辩意见，缺乏相应的事实和法律依据，本院对其上述抗辩意见不予采纳。

综上，本院结合马全红在交通事故中承担全部责任的事实，酌情判令马全红应按照60%的比例对交通责任事故中给利强公司造成的经济损失承担赔偿责任。经本院核算，马全红应向利强公司赔偿的经济损失数额为24330.15元。

就利强公司要求马全红支付的2012年1月11日至2月2日期间的固定运营费用2838元及滞纳金1391元一节。利强公司自认于2011年12月28日收回马全红所驾驶的车钥匙、服务监督卡及计价器，则在利强公司未能提供证据证明于2012年1月11日至2月2日期间另行向马全红提供能够用以营运的出租车的情形下，本院认为利强公司要求马全红支付固定运营费用及滞纳金缺乏依据。

就利强公司要求马全红支付车辆维修费用400元一节。因利强公司未能提供充分证据材料证明车辆受损及需要维修情形，且马全红亦对于利强公司的上述诉请不予认可，故本院认为利强公司的上述诉讼请求亦缺乏依据。

北京市海淀区人民法院根据《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定，作出如下判决：

一、马全红于本判决生效后七日内支付北京市海淀利强出租汽车公司经济损失24330.15元；

二、驳回北京市海淀利强出租汽车公司的其他诉讼请求。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，现上述判决已经生效。

【法官后语】

根据《工资支付暂行规定》第十六条的规定："因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。"在用人单位没有与劳动者签订有书面合同以约定经济损失责任负担的情形下，判断用人单位要求劳动者赔偿损失的诉讼请求有无法律及事实依据，应重点审查判断用人单位所持损失是否实际发生以及若损失发生后应否由劳动者承担赔偿责任。

一般而言，任何经营性的用人单位在从事频繁的业务活动中均不可避免的会面临经营风险，此种经营风险一旦发生，除用人单位能够提供证据证明劳动者存在促使发生经营风险的故意之外，本院认为应由用人单位承担此种经营风险，而不应将风险转嫁给劳动者，否则有违公平原则。

马全红提出利强公司应承担全部赔偿责任的主张缺乏充分的依据，但综合出租车行业的特殊性、经营风险分摊的公平性、劳动者权益保护等多方面的因素，本院认为，由马全红承担本案的全部赔偿责任有悖公平原则，且不利于出租车行业整体的良性发展。具体理由如下：首先，马全红从事行业的特殊性。出租车行业的特点决定了马全红在工作过程中始终需要参与公共道路交通，因此工作过程中发生道路交通事故的几率相对较高，相较于其他行业的劳动者而言风险较高，加之出租车驾驶员的收入来源于交纳承包费之后的运营"利润"，这导致出租车驾驶员每天的工作时间较长，更增加了其工作的风险程度。鉴于行业的特殊性，对于出租车驾驶员这一特殊的劳动者群体，更应当给予最大限度的劳动保护。其次，风险分摊的公平性。民事活动中，双方当事人真实意思表示下的约定固然应当尊重，但同时也要考量该约定所导致的法律后果是否公平。如上所述，出租车行业本身的运营性质、工作环境和工作时间等因素决定了该行业运营风险较高的特点，因此在发生交通责任事故后，无论是由出租汽车公司还是由出租车驾驶员单方承担全部赔偿责任，都会超出该方所能承受的可控风险义务范围，造成实质的显失公平。在此情况下，双方

应当遵循风险分担的原则，由双方共同承担高风险运营下可能产生的责任赔偿，利强公司将全部责任分摊给马全红从而降低该公司运营风险的做法显然过分加重了劳动者的责任，使双方权利义务处于失衡状态。再次，风险分担的可行性。根据出租车行业的惯例，除去交强险，出租汽车公司一般不会为出租车辆投保其他商业保险，一旦出现交通事故，交强险的赔偿额度往往不能满足事故中造成的全部赔偿需求。对内而言，这会加重出租汽车公司与出租车驾驶员的经济负担，对外而言，有可能会侵害到不特定多数人（交通事故中的受害人）的合法权益。因此，出租汽车公司作为车辆的所有权人和经营管理者应当在可行的范围之内，积极寻求其他的风险分担方式，比如，在与劳动者就投保商业保险的费用协商一致的情况下投保商业保险，选择由劳动者承担风险不是分担风险的唯一出路。

综上所述，当出租车司机因本身过错而导致交通事故发生以后，应结合司机的过错程度，综合判断司机与用人单位双方所应当承担的责任，此举既可以对出租车驾驶员起到警示作用，敦促其自觉遵守交通法律、法规，保证行车安全；同时也可以促使出租车行业的经营管理人树立风险分担意识，提高经营管理水平，这对维护良好的公共交通秩序，保证出租车行业良性、可持续发展具有重大意义。

编写人：北京市海淀区人民法院　胡高崇

27

解除劳动关系过程中签订的处分协议是否有效

——青朝兴诉南宁市平乐水泥有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院（2012）良民一初字第172号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：青朝兴

被告：南宁市平乐水泥有限责任公司（以下简称平乐公司）

【基本案情】

青朝兴于1994年4月进入平乐公司工作。双方于2007年12月15日签订一份《劳动合同书》，合同期限自2007年12月15日起至2012年12月15日止。2010年2月，平乐公司的股东变更涉及股权转让。平乐公司与青朝兴于2010年2月9日解除劳动合同，平乐公司向青朝兴支付了相应的经济补偿金。但双方解除劳动合同后仍继续保留劳动关系。自2010年4月起，平乐公司因处理职工劳资纠纷问题无法正常生产，一直处于停产状态。平乐公司自2010年7月1日起陆续允许其职工放假，青朝兴属其中之一。平乐公司向放假职工每人每月发放生活费800元。

2011年6月10日，平乐公司与包括青朝兴在内的二十几位职工签订《解除劳动关系协议》。该协议内容为：公司与青朝兴已于2010年2月9日解除劳动合同，青朝兴解除劳动合同后仍在公司保留有劳动关系。现由于公司一直处于停产状态，恢复生产的时间无法确定，经双方协商一致，达成本协议：1. 从2011年7月1日起与公司解除劳动关系，公司为青朝兴办理失业保险的相关手续，解除劳动关系一次性支付经济补偿金2350.1元。2. 青朝兴应按公司要求办理相关工作交接手续，并在本协议生效当日办理完毕。3. 自本协议生效之日起，双方就劳动关系产生的一切权利义务已经结清。4. 本协议自双方签字盖章之日起生效。

2011年6月25日，平乐公司向青朝兴出具了《关于与青朝兴同志解除劳动关系的决定》，主要内容为，青朝兴与平乐公司签订的劳动合同时间自2007年12月15日至2012年12月15日止。青朝兴于2010年2月9日与平乐公司已解除劳动合同（已按规定给予经济补偿金）。2010年2月10日起仍在平乐公司处保留劳动关系。平乐公司为其缴纳失业保险费时间自2004年3月至2011年6月。由于公司一直处于停产状态，恢复生产的时间无法确定。经平乐公司与其协商一致，依据《中华人民共和国劳动合同法》，决定从2011年7月1日起与青朝兴同志解除劳动关系，按规定给予经济补偿金2350.1元。青朝兴在解除劳动关系之日起60日内到南宁市失业保险事业管理所办理失业保险金申领登记。

平乐公司已按双方签订的《解除劳动关系协议》支付青朝兴经济补偿金2350.1元。

青朝兴与平乐公司因是否支付未签订书面劳动合同二倍工资差额、违法解除劳动合同赔偿金等问题发生劳动争议，经协商无果，青朝兴向南宁市劳动人事争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁，请求裁令平乐公司向其支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额18067.5元、违法解除劳动合同赔偿金4700.2元、放假工资1600元及低于最低工资标准的工资差额40元和赔偿金10元。南宁市劳动人事争议仲裁委员会于2011年12月16日作出南劳仲裁字［2011］1605号仲裁裁决书，裁决驳回青朝兴全部仲裁请求。青朝兴不服该裁决，于2012年2月2日向南宁市良庆区人民法院提起诉讼。

【案件焦点】

青朝兴与平乐公司在解除劳动关系过程中签订的处分协议是否合法有效。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院经审理认为：劳动者与用人单位在劳动关系履行过程中发生劳动争议，应以有关的劳动法规及司法解释作为处理根据。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条第一款规定："劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。"首先，本案中《解除劳动关系协议》系由青朝兴、平乐公司双方签字或盖章，体现了双方当事人的真实意思表示，并不违反法律法规的强制性规定，应认定为合法有效。青朝兴主张其与平乐公司签订上述协议是受胁迫的，虽举出证人黄某某、梁某某出庭作证，但上述证人亦与平乐公司解除了劳动关系，与平乐公司存在利害关系，且其证言为间接证据，不足以证明青朝兴是受胁迫而与被告签订《解除劳动关系协议》，故青朝兴的该项主张，本院不予采信。其次，青朝兴主张双方签订的《解除劳动关系协议》是格式条款，平乐公司没有采取合理的方式提请其注意免除或限制其责任的条款，但青朝兴未能举证证明其上述主张，而在平等协商、意思自治的情况下，青朝兴作为完全民事行为能力人，应当相信其在签订与其切身利益密切相关的《解

除劳动关系协议》前已全面、谨慎地审查了协议内容，故对青朝兴的该项主张，本院不予采纳。第三，双方签订的《解除劳动关系协议》第三条明确载明“自本协议生效之日起，双方就劳动关系产生的一切权利义务已经结清”，该约定属于青朝兴与平乐公司对解决在解除劳动关系后遗留的所有问题达成一致意见的真实意思表示，并没有违反法律法规的强制性规定，应认定该条款合法有效。青朝兴主张该条款是免除平乐公司责任、排除其权利的格式条款，要求认定该条款为无效条款。但综合本案相关事实来看，该条款实际上是当事人对自己享有的权利的自由处分，应视为青朝兴对其他未包含在《解除劳动关系协议》内的工资、福利、补偿、赔偿等权利的放弃。青朝兴自愿在该《解除劳动关系协议》上签字，应视为对该条款的确认。第四，《解除劳动关系协议》依法成立生效后，双方均应依约履行。协议签订后，平乐公司已足额支付青朝兴约定的一次性经济补偿金2350.1元，依据协议，双方就劳动关系产生的一切权利义务已结清，双方不存在任何纠纷。故青朝兴要求平乐公司支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额、违法解除劳动合同赔偿金、放假工资、低于最低工资标准的工资差额和赔偿金的诉请与上述协议约定相悖，无法律依据，本院不予支持。

南宁市良庆区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条第一款和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，作出如下判决：驳回原告青朝兴的诉讼请求。

【法官后语】

本案主要涉及用人单位与劳动者在解除劳动关系过程中签订的处分协议的效力认定问题。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条的规定，用人单位与劳动者可以就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成协议。就该协议的效力，根据具体情况，分为以下几种：(1) 协议违反或部分违反法律、行政法规的强制性规定，或者存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形，为无效或部分无效协议；(2) 协议存在重大误解或者显失公平情形的，为可撤销协议，当事人可以请求人民法院予以撤销；(3) 协议不存在上述情形的，为有效协议。具体到本案中，首先，青朝

兴、平乐公司签订的《解除劳动关系协议》并未违反法律、行政法规的强制性规定。其次，双方签订协议时亦不存在欺诈、胁迫或者乘人之危的情形。青朝兴主张平乐公司以办理失业证为要挟，迫使其在该协议上签字，但双方如未解除劳动关系则不存在办理失业证的前提，只有在双方解除劳动关系后用人单位才可以协助劳动者办理失业证，可见青朝兴诉称的上述情形并不构成法律规定的胁迫情形。再次，本案协议不存在重大误解或显失公平的情形，双方当事人亦未行使撤销权。因此，双方签订的《解除劳动关系协议》系双方对解决在解除劳动关系后遗留的相关问题达成一致意见的真实意思表示，是双方对自己享有的权利的自由处分，应认定为合法有效之协议。

司法实践中，对此类解除劳动关系的处分协议，还应当结合案件背景予以综合认定。以本案为例，平乐公司于2010年2月变更股东及转让股权，于同年4月开始陷入停产状态，并自同年7月1日起陆续允许其职工放假，每人每月发放生活费800元。2011年6月，平乐公司与包括青朝兴在内的二十几位职工签订了《解除劳动关系协议》。由此可见，平乐公司已出现较为严重的生产经营困境。在此种情况下，平乐公司已无法满足劳动者对工作和收入的需求，其作为用人单位的优势已然大大减弱，而青朝兴等劳动者对于平乐公司来说的弱势已经不那么明显，故双方在平等协商、意思自治情况下签订的处分协议，应属有效。

编写人：广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院　李晓

28

用人单位以法律许可的事由行使劳动关系解除权是否有限制

——北京中大恒基房地产经纪有限公司诉吴晶悦劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第05390号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人·

原告：北京中大恒基房地产经纪有限公司（以下简称中大恒基公司）

被告：吴晶悦

【基本案情】

吴晶悦称1999年3月1日入职中大恒基公司，中大恒基公司主张吴晶悦于2004年2月26日入职。经查，吴晶悦2007年11月9日在中大恒基公司工作时被有关机关刑事拘留，同年12月18日被逮捕，2010年8月8日被取保候审，2011年1月28日，北京市第一中级人民法院作出（2010）一中刑终字第3309号刑事判决书，判决：吴晶悦犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑2年9个月。2011年12月10日，吴晶悦收到中大恒基公司以其被追究刑事责任为由作出的解除劳动关系的通知。吴晶悦认为中大恒基公司违法解除劳动关系，称其于2010年8月8日回中大恒基公司工作，工作至2011年10月8日，公司不再发放工资，让其回家。中大恒基公司称吴晶悦工作至2007年11月9日，之后未向公司提供劳动。中大恒基公司称曾于2011年9月15日以同样理由电话通知吴晶悦解除劳动关系，吴晶悦称未得到电话通知。另查，吴晶悦每月税前工资8000元，中大恒基公司向吴晶悦正常支付工资至2011年8月。

吴晶悦以要求中大恒基公司继续履行劳动关系、支付工资为由向北京市海淀区劳动争议仲裁委员会提出仲裁请求，该委于2011年12月2日作出京海劳仲字［2011］第9293号仲裁裁决书，裁决中大恒基公司与吴晶悦继续履行劳动关系、支付吴晶悦2011年9月税前工资8000元。中大恒基公司不服仲裁裁决诉至北京市海淀区人民法院。

吴晶悦提交双方签订的有效期为2011年9月1日至2014年8月31日的劳动合同书，中大恒基公司不认可落款处该公司公章的真实性，法院规定2012年1月30日之前提交鉴定申请，逾期视为不申请公章鉴定，中大恒基公司2012年2月1日提交公章真伪鉴定申请以及公章与劳动合同有效期限形成先后顺序的鉴定申请。

【案件焦点】

中大恒基公司于2011年12月10日以吴晶悦被追究刑事责任为由作出的解除劳动关系通知是否合法。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：本案中，吴晶悦于2007年11月9日被刑事拘留，同年12月18日被逮捕，2010年8月8日被取保候审，2011年1月28日，北京市第一中级人民法院作出终审判决，吴晶悦犯寻衅滋事罪，被判处有期徒刑2年9个月。2011年12月10日，吴晶悦收到中大恒基公司以其被追究刑事责任为由作出的解除劳动关系的通知，中大恒基公司虽提出曾于2011年9月15日以同样理由电话通知吴晶悦解除劳动关系，但未提交证据佐证，本院对此不予采信。中大恒基公司向吴晶悦正常支付工资至2011年8月。根据上述已查明的事实可知，在吴晶悦刑期执行完毕后1年左右的时间内，中大恒基公司未以吴晶悦被追究刑事责任为由提出解除双方劳动关系，且正常支付工资。本院认为，中大恒基公司虽有权对被依法追究刑事责任的劳动者作出解除劳动关系的决定，但本案中，中大恒基公司在合理时间内未就吴晶悦被追究刑事责任一事作出解除劳动关系的决定，视为该公司对吴晶悦被追究刑事责任一事表示接受，该事由不构成双方劳动关系解除的理由，故本院认定中大恒基公司违法解除双方劳动关系，现吴晶悦要求续存劳动关系，本院予以支持。中大恒基公司提出的鉴定申请，因超出规定期限本院不予准许。中大恒基公司在吴晶悦取保候审后仍正常向其支付工资至2011年8月，故本院判令该公司向吴晶悦支付2011年9月税前工资8000元。

北京市海淀区人民法院根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第三十条第一款之规定，判决如下：

一、北京中大恒基房地产经纪有限公司与吴晶悦继续履行劳动关系；

二、北京中大恒基房地产经纪有限公司于本判决生效后七日内给付吴晶悦2011年9月税前工资8000元。

宣判后，中大恒基公司不服，向北京市第一中级人民法院提起上诉，一中院于2012年6月18日作出终审判决，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

根据《劳动合同法》第三十九条之规定："劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（六）被依法追究刑事责任的。"

本案争议焦点在于2011年12月10日中大恒基公司以吴晶悦被追究刑事责任

为由作出的解除劳动关系通知是否合法。在本案中，中大恒基公司在明知吴晶悦以寻衅滋事罪已被追究刑事责任的情况下，在吴晶悦刑期执行完毕后1年左右的时间内未以该理由通知解除劳动关系；中大恒基虽主张在此之前曾以同样理由电话通知吴晶悦解除劳动关系，但未提交证据佐证，故法院对该主张未予采信。中大恒基公司仍然向吴晶悦支付工资至2011年8月，依据常理，在劳动者被追究刑事责任这一情形消失1年之内，用人单位仍未行使其解除劳动关系之权利并持续向劳动者支付工资报酬长达1年之久，应当视为对于劳动者曾被追究刑事责任这一情形的接受与不追究，该情形应当不再属于用人单位对劳动关系解除的理由。据此，用人单位以上述理由解除劳动关系违法，现劳动者要求继续履行劳动关系，对此应予支持，双方应当继续履行劳动合同。

另外，劳动者被依法追究刑事责任是司法机关基于其犯罪行为而作出的刑罚处罚，刑罚之目的除惩戒外，还兼有教育、警示并挽救之意。劳动是劳动者的合法权利，应当予以保护。用人单位应当在合理期间行使劳动关系解除权，对于解除权的随意适用亦不符《劳动合同法》之立法宗旨。

综上所述，劳动合同法虽赋予用人单位以劳动者被追究刑事责任为由合法解除劳动关系的权利，但该权利应当在合理期限内行使，一方面促使用人单位及时、合理行使其权利，另一方面也是对劳动者的一种宽宥与保护，促进其就业与社会稳定。

编写人：北京市海淀区人民法院　杨文君

29

劳动者患病的，劳动合同是否应当续延至医疗期满时终止

——张国敬诉北京肯德基有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第7939号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：张国敬

被告（被上诉人）：北京肯德基有限公司

【基本案情】

2000年11月27日，原告张国敬入职被告肯德基公司从事管理工作，当日双方签订书面劳动合同。2008年7月1日，双方最后一次签订劳动合同，约定合同终止日期为2010年6月30日，月工资4230元。2009年10月7日，原告因高血压病休，被告为其安排9个月的医疗期。2010年6月30日，被告作出终止劳动合同通知书，决定合同到期后不再续订，顺延至医疗期满之日终止双方的劳动合同；2010年7月5日，原告在该通知书签收回执上签字；同日，被告支付原告经济补偿金10312.32元、代通知金2106.71元，并结清被告2012年7月工资。

原告离职后向北京市通州区劳动争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）申请仲裁，要求被告支付违法终止劳动关系赔偿金83090.88元。仲裁委于2011年12月1日出具京通劳仲字［2011］第2387号裁决书，裁决驳回原告的仲裁请求。原告不服该裁决向北京市通州区人民法院提起诉讼。

上述事实有下列证据证明：1. 劳动合同书，记载合同期限自2008年7月1日起至2010年6月30日止，原告与被告存在劳动关系。2. 诊断证明书及门诊病历，记载原告自2009年4月23日起间断就医诊治，自2009年10月7日起医嘱连续休息。3. 员工休假申请表记载原告自2009年10月7日至2010年7月6日止连续请病假。4. 京通劳仲字［2011］第2387号裁决书。

【案件焦点】

原告的医疗期如何计算，被告与原告的劳动关系是到期合法终止还是违法解除。

【法院裁判要旨】

北京市通州区人民法院经审理认为：劳动者患病的，劳动合同应当续延至医疗期满时终止；医疗期计算应从病休第一天开始；当事人对自己的主张有责任提供证

据予以证实，不能提供证据或者所提供的证据不能证实自己主张的，应承担举证不能的法律责任。根据查明的事实，原告与被告系劳动关系，双方签订终止日期为2010年6月30日的劳动合同，原告自2009年10月7日起连续病休，根据其实际参加工作年限及在被告处的工作年限，其应享有9个月的医疗期，双方之间的劳动合同应顺延至2010年7月6日。2010年6月30日，被告通知原告医疗期满后不再续签合同，原告于2010年7月5日收到该通知未提出异议，并领取经济补偿金、代通知金及该月工资，故原告与被告劳动关系于2010年7月6日期满终止。对于原告要求被告支付其违法终止劳动合同赔偿金及医疗补助费的诉请，均无事实与法律依据，本院均不予支持。对于原告主张医疗期应自2009年4月23日起计算的意见，首先，被告提交的诊断证明书及员工休假申请表足以证实原告自2009年10月7日病休，原告提交的诊断证明书及门诊病例虽显示原告于2009年4月23日间断就医诊治，但该证据不足以证实原告自该时间起开始病休；同时，原告的间断就医系其所患疾病种类及病情的反复诊治，直至确诊为高血压疾病后停止工作病休，故原告医疗期应自2009年10月7日开始计算，对于原告的主张，法院不予采信。

北京市通州区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第一项、第四十五条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：驳回原告张国敬的诉讼请求。

张国敬不服一审判决，提出上诉，北京市第二中级人民法院经审理认为：医疗期计算应从病休第一天开始。被告提交了2009年6月至9月原告的工资单和考勤记录，显示原告此期间所领取工资为全额工资，并未领取病假工资，同时考勤记录亦未体现原告有休病假的记录。原告虽对上述证据不予认可，但未提交相应证据予以反驳，亦不能明确表明其工资的实际发放情况，故本院对被告关于原告在2009年10月7日之前并未实际休病假的主张予以采信。根据被告提交的员工休假申请表，原告系自2009年10月7日开始休病假，故原告的医疗期应当自当日起计算，并至2010年7月6日期满终止。由于被告与原告所签劳动合同应当于2010年6月30日终止，该终止日期应当顺延至医疗期满，故被告于2010年7月5日向张国敬送达劳动合同终止的通知并不违反法律规定，本院对原告关于被告违法终止劳动关系的主张不予采信，并对原告要求被告支付违法终止劳动关系赔偿金的上诉请求，不予支持。

北京市第二中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1. 医疗期的期限及计算

我国劳动法律对医疗期的期限及计算并无明文规定，散见于部门规章。劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》明确了医疗期的概念，即指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限；同时，依据劳动者实际工作年限、在本单位工作年限、所患疾病的严重程度等因素对医疗期期限作出了三个月至二十四个月的规定。此外，劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》中明确，医疗期计算应从病休第一天开始，累计计算，病休期间包含公休、假日和法定节日。但上述法律、法规均未明确"病休第一天"的含义。

笔者认为，首先，可享受医疗期的疾病应有别于享受一般病假的疾病，如因普通感冒、腹泻等小病需要休息应为普通病假，不能适用医疗期的规定；其次，医疗期因劳动者患病而产生，故劳动者要具有医疗机构出具的诊断证明和病休证明；再次，劳动者负有特定告知义务，其应将医疗机构的证明告知单位，履行相关请假手续，以便用人单位做出工作调整，如未履行告知义务，不能直接享受医疗期。

对于如何认定本案原告医疗期的起算点，笔者认为：首先，自2009年10月7日起，原告向被告提交了诊断证明及员工休假申请表，开始连续休假；其次，原告提交的医疗机构诊断证明和门诊病历显示原告2009年4月23日起至2009年10月7日期间存在几次就医及医嘱休息，但此证据不足以证实原告自2009年4月23日起病休，且被告二审时提交的原告同期间工资单显示其领取全额工资，未领取病假工资，考勤记录未记载其有休病假的记录，故依据证据可以认定原告虽持有休假材料，但其并尽到办理相关请假手续等告知义务，并非"病休"；再次，2009年10月7日前原告就医系对其所患疾病种类及病情的反复诊治，确诊后才停止工作病休，这也比较符合医学常规及日常生活逻辑。综合上述分析，原告的医疗期应自2009年10月7日起算。

2. 医疗期的法律后果

依照《劳动法》第二十九条、《劳动合同法》第四十二条、第四十五条的规

定，劳动者处于医疗期将引发以下法律后果：第一，除劳动者存在严重过错等法定情形外，用人单位不得与劳动者解除劳动合同，医疗期限长于劳动合同期限的，劳动合同的期限应当顺延至医疗期满。第二，劳动者无需为用人单位提供劳动，但劳动者仍享有要求用人单位支付病假工资、疾病救济费，并按照医疗保险享受相应医疗待遇的权利。其中，双方对病假工资或疾病救济费有约定的，按照双方约定执行，未作约定不得低于最低工资标准的80%。第三，医疗期满后，劳动者能从事原工作的，可以继续履行劳动合同；不能从事原工作也不能从事单位另行安排工作的，由劳动鉴定委员会进行劳动能力鉴定，被鉴定为一至四级的，解除劳动关系办理退休退职手续，享受相应退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。

编写人：北京市通州区人民法院　芦玉杰

30

竞业限制行为主体认定与相关新问题处理

——3M中国有限公司诉郎允祥、上海梭普实业有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2011）沪一中民三（民）终字第1294号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：3M中国有限公司（以下简称3M公司）

被告（上诉人）：郎允祥、上海梭普实业有限公司（以下简称梭普公司）

【基本案情】

3M公司系一家生产销售氧化物系列等化学原料及化学制品等产品的知名企业。

2004年5月8日，郎允祥与3M公司签订聘用合同一份。同日，双方又签订一份保密协议，主要内容为郎允祥在双方雇佣关系存续期间及雇佣关系终止之日起三年内负有竞业限制义务。合同签订后，郎允祥即在3M公司工作，担任产品开发工程师。2009年6月8日，郎允祥辞职并离开3M公司。

2007年6月7日，郎允祥之妻吕秀方作为股东，与他人共同投资成立了梭普公司，该公司的经营范围与3M公司类似。

另有成立于2001年的梭普工业有限公司，董事为郎允祥等四人。该公司于2009年5月至6月间收购与3M公司经营范围类似之黄山宝华塑粉彩涂有限公司（以下简称宝华公司）。同年8月13日，宝华公司重新组建新的董事会，郎允祥等为董事。

2009年9月8日，3M公司发函给郎允祥，要求其遵守双方保密协议之约定；将竞业限制期限缩短为两年，并按郎允祥此前正常年工资的50%，按季度支付年补偿金，向3M公司提供付款账户及郎允祥未违反也不会违反上述竞业限制条款的承诺书。郎允祥收函后未予回复。

3M公司诉称：郎允祥在任职及离职竞业限制期间，严重违反双方有关保密与竞业限制的约定，以各种名义设立和经营多家与3M公司有竞争关系的公司，要求其承担相应责任，梭普公司承担连带责任并不得聘用郎允祥。

郎允祥辩称：竞业限制系针对离职后。2007年和2008年期间其尚未离职，故不适用，3M公司以其妻投资梭普公司为由追究其责任于法无据。

梭普公司辩称：郎允祥与本公司没有劳动关系，本公司和郎允祥承担连带责任缺乏依据。

【案件焦点】

1. 竞业限制主体认定；2. 劳动争议中禁止令与连带责任的适用。

【法院裁判要旨】

上海市徐汇区人民法院经审理认为：郎允祥在任职期间及离职后的行为，系以合法形式掩盖非法目的，违反了双方之间有关保密协议与竞业限制的约定，应承担违约责任，具体数额由法院酌定。3M公司申请禁止令系继续履行双方竞业限制义务的具体化，是双方约定及法律所规定郎允祥不能作为的从形式至内容的要求，故

予以支持。因梭普公司形式上是郎允祥之妻与他人合股而设立，看似非郎允祥参与的公司，但实则梭普公司与郎允祥同一。为此，梭普公司应承担连带责任。

上海市徐汇区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十八条、第九十九条、第一百零二条，《中华人民共和国劳动合同法》第九十条，《上海市劳动合同条例》第五十五条的规定，作出如下判决：

一、郎允祥继续履行与3M公司保密协议中约定的竞业限制义务；

二、禁止郎允祥于2011年6月7日前间接或直接参与梭普公司的经营及提供劳务；

三、郎允祥于本判决生效之日起十日内赔偿3M公司30万元；

四、梭普公司对本判决第三项郎允祥的赔偿责任承担连带责任。

宣判后，被告郎允祥与梭普公司持一审答辩意见提起上诉。上海市第一中级人民法院经审理后认为：根据双方保密协议约定，受限制的竞业形式不单单指向受雇，亦包括投资与经营。虽无证据表明郎允祥直接与梭普公司建立劳动关系，但在婚姻关系存续期内，夫妻一方基于共同利益的对外行为难以认定为一方的个人行为。另外，郎允祥之于梭普公司及宝华公司的相关行为亦可以认定为其违反了双方保密协议的约定。就郎允祥违约责任之具体核定，一审酌定数额可予维持。

因法定连带责任有着较为严格的限制条件，就其认定不宜超越相关法律规定，无证据显示梭普公司曾于郎允祥仍在3M公司任职期间与其建立劳动关系，故不适用劳动合同法之相关规定。另本案系以郎允祥存在违约行为而判令其承担违约责任，基于合同相对性及法人独立性，判令梭普公司就郎允祥的违约行为而承担违约连带责任依据不足。原审判决主文第二项实际已涵盖在第一项中，并无单独列明之必要，故依法予以撤销。

上海市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款之规定，作出如下判决：

一、维持（2010）徐民一（民）初字第6240号民事判决主文第一、三项；

二、撤销（2010）徐民一（民）初字第6240号民事判决主文第二、四项；

三、驳回郎允祥的其他上诉请求。

【法官后语】

与传统竞业限制纠纷案件不同，本案的当事人并非直接与受限制用人单位建立劳动关系，而是本人或其近亲属投资经营与原用人单位经营范围有交集之公司，意图以此规避己方义务。我们认为，郎允祥通过其妻的投资经营行为实际可被判定为以合法形式掩盖非法目的。基于婚姻家庭法之原理与世俗观念，其投资行为系以夫妻共同财产为基础，投资收益亦将归入夫妻共同财产，故实难将其妻对梭普公司的相关行为与郎允祥本人分割剥离。在此问题上，虽然一二审法院表述不同，但审理思路大体相符，可谓殊途同归。之后分歧在于劳动争议案件中“戴着脚镣跳舞”，既平衡双方利益，又不违背法律规定。

1. 我国现行民商事法律中的禁止令主要集中于对知识产权的保护，劳动争议类案件能否适用并无明文规定。但就禁止令的性质来看，针对的是侵权行为的重复或预期发生，并非对应违约行为。劳动争议中的竞业限制纠纷案件，其诉请基础在于双方是否存在合法有效竞业限制的约定及劳动者是否存在违约行为，而违约行为所对应的法律责任根据现行法律仅限继续履行、采取补救措施或者赔偿损失。故禁止令无论在明文规定还是在法理分析上均不宜在劳动争议案件中适用。本案中所谓“禁止令”所欲实现的救济实际已包含在要求郎允祥继续履行竞业限制义务的判决当中，另行颁发禁止令亦无必要。

2. 连带责任作为一项严厉的民事责任，对之判定应审慎有据。连带责任依其来源不同，可分为约定连带责任与法定连带责任。本案中，当事人之间对此并无约定。而劳动争议案件中连带责任限定于其他用人单位在劳动者未经原用人单位同意即建立双重劳动关系，虽郎允祥之妻在郎允祥任职于3M公司期间即投资设立梭普公司，但无证据显示期间双方已直接建立劳动关系，故法定连带责任在此并不适用。另外依连带责任内容之不同，可将连带责任划分为违约连带责任与侵权连带责任。违约连带责任即指当事人共同违反合同约定而产生的连带责任，侵权连带责任即指当事人共同侵权行为造成损害发生而产生的连带责任。本案中，系以郎允祥存在违约行为判令其承担违约责任，基于合同相对性及法人独立性，梭普公司既非保密协议的合同相对方，亦非违约行为的实施主体，故判令梭普公司就郎允祥的违约行为承担违约连带责任依据不足。因本案系劳动争议之诉并非民事侵权之诉，故关于梭普公司是否与郎允祥存在共同侵权行为而应承担侵权连带责任，不应在本案中

进行审查并作出裁判。

总之，在涉及竞业限制纠纷案件中，审判人员应甄别劳动者相关行为之性质，剔出以合法形式掩盖非法目的之法律规避行为，并据此依法裁判，以平衡用人单位无形资产保护与劳动者择业自由之法益冲突。在对待连带责任之诉请时，也应仔细辨析请求权之基础。另在无明文规定情况下，劳动争议案件中不宜创设性地颁发禁止令。

编写人：上海市第一中级人民法院　蒋克勤　叶佳

31

如何认定竞业限制条款是否显失公平

——吴静诉南昌巨人雷式专修学校劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江西省南昌市中级人民法院（2012）洪民一终字第353号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：吴静

被告（上诉人）：南昌巨人雷式专修学校（以下简称巨人学校）

【基本案情】

2005年3月，吴静到巨人学校担任音乐、英语教师。2008年11月6日，双方签订劳动合同，期限为2008年12月1日至2011年11月30日。同时，双方签订了保密协议，其中第一条规定，如乙方（吴静）提前终止劳动合同，保密协议的竞业条款终止日为：甲乙双方劳动关系终止日顺延24个月。第三条规定，除得到甲方（巨人学校）书面同意外，乙方在竞业限制期间不得在与甲方存在竞业关系的如新东方学校等单位工作，也不得自行办学。工作期间，甲方每月预支付乙方竞业限制

补偿金100元，如双方提前终止劳动合同，甲方根据乙方需竞业时长，按每月200元支付补偿金。如乙方违约，应给予甲方6万元的经济赔偿。2010年9月12日，经巨人学校批准，吴静辞职。同年11月10日，巨人学校电话通知吴静领取竞业补偿金，但其一直未领取。此后，巨人学校先后分四次将11个月的竞业补偿金2200元，通过邮政储蓄银行汇入吴静账号。2011年5月16日，巨人学校发现吴静自3月31日始在新东方语言学校工作，并提供了公证书等证据予以证实。其后，巨人学校向南昌市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求依法裁决被申请人停止在竞业单位工作，并向申请人支付竞业赔偿金6万元；支付申请人公证费、交通费等1200元；返还申请人竞业补偿金2200元。仲裁裁决为："被申请人在接到本裁决书之日起15日内，向申请人支付竞业赔偿金20000元，退回申请人竞业补偿金2200元，驳回申请人的其他仲裁请求。"原告对仲裁裁决不服，诉至法院，请求依法撤销仲裁裁决的第一、二项，并要求被告偿还原告在工作期间应得到的工资回补9000元。

【案件焦点】

1. 吴静与巨人学校签订的竞业限制协议是否有效；2. 如果该协议显失公平，如何裁判。

【法院裁判要旨】

江西省南昌市西湖区人民法院经审理认为：原、被告签订的劳动合同及保密协议，属当事人双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应认定为有效。双方提前终止劳动合同后，被告按每月200元支付了原告11个月的竞业限制补偿金，而原告违反双方签订的保密协议，在竞业限制期间任职于与被告存在竞争关系的工作单位，故应对此承担相应的违约责任。但被告既不能提供证据证明其受到的损失，亦不能证明竞争对手由此获得的利益，而双方所约定的经济赔偿数额畸高，有违公平原则，故对该违约金的具体数额，法院予以适当调整。对原告要求被告偿还原告在工作期间应得到的工资回补9000元的诉请，因未经劳动仲裁的前置程序，法院不予审理。对被告提出原告应返还其给付的竞业限制补偿金2200元，因该补偿金为补偿原告竞业限制的对价，系双方履行保密协议时原告一方所享有的权利，故该请求法院不予支持。对被告请求原告承担相应的公证费、交通费等1200元，因缺乏相应的法律依据，法院不予支持。据此，依照《中华人民共和国劳动合

同法》第二十三条、第二十四条的规定，判决如下：

一、原告吴静在本判决生效之日起十日内支付被告南昌巨人雷式专修学校竞业赔偿金10000元；

二、驳回原告其他诉讼请求。

吴静持原审起诉意见提起上诉，巨人学校持辩称意见提起上诉。南昌市中级人民法院经审理认为：吴静与巨人学校签订了劳动合同和保密协议，约定明确，校方也按约履行了支付竞业限制补偿金的义务，故吴静也应按约履行竞业限制义务，但吴静却在竞业限制期间受聘于与校方存在竞业关系的学校，故应对此承担违约责任。对此一审法院判决吴静承担赔偿责任并无不当。双方约定的违约赔偿金6万元相对毕业工作不久的吴静过高，但一审法院判决吴静仅支付竞业赔偿金1万元又较低，本院酌情调整为2万元。依照《中华人民共和国民法通则》第一百一十二条第二款、《中华人民共和国劳动合同法》第三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、维持南昌市西湖区人民法院（2012）西民初字第22号民事判决第二项；

二、变更南昌市西湖区人民法院（2012）西民初字第22号民事判决第一项为：吴静在本判决生效之日起十日内支付被告巨人学校竞业赔偿金20000元。

【法官后语】

随着社会分工的日益细致，不少职业和岗位的技术性、秘密性程度渐高。基于此，用人单位出于自身利益的考虑，凭借其优势地位，在和劳动者签订劳动合同时，往往会另行附上保密条款或竞业限制协议，约定劳动者在合同期及终止后一段时间内承担保密和竞业限制义务，如违反约定则将承担数额较高的违约金。具体到本案，审理时需解决以下两个问题：

1. 该竞业限制协议的效力如何

巨人学校按照约定，在竞业限制期内每月支付吴静竞业限制补偿金200元，但该标准远低于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(以下简称《劳动争议司法解释四》) 中劳动者月平均工资的30%或劳动合同履行地最低工资标准的规定。显然，该竞业限制协议严重不对等。用人单位以低额的补偿，限制了劳动者竞业自由的权利，有悖于民法上权利义务相一致的精神。

民法对民事法律行为的构成实行三要件说：民事主体适格，意思表示真实，不违反法律、行政法规的强制性规定。可见，本案中的竞业限制协议是符合该三要件的。但签订劳动合同并不是传统意义上的民事法律行为，其不属于传统民法调整的范畴，而是社会法调整的范围。在隶属于社会法的劳动法领域，国家的强制性干预程度和范围显然更高。但本案在《劳动争议司法解释四》颁行前已审结，当时法律和司法解释并无竞业限制条款效力的具体规定。故本案中，用人单位对劳动者竞业限制的补偿虽然过低，但参照民法的相关精神，竞业限制的协议仍应认定为有效。

2. 该竞业限制协议是否显失公平

与劳动者相比，用人单位无疑处于强势一方，尤其是在签订劳动合同时，用人单位更是占据了优势，劳动合同也是其单方制定的格式合同。本案中，巨人学校支付给吴静的竞业限制补偿金畸低，但劳动者违反协议，却需依据竞业限制条款的约定，支付用人单位高额的违约金，显然极不公平。显失公平在民法上属于可撤销的情形，即使在劳动法领域亦可以行使诉权，但本案中吴静早已过了行使撤销诉权的期间，且其亦未提出该项诉请。在这种情形下，依据公平原则，法官依据个案中的自由裁量权，一审判决原告支付被告竞业赔偿金10000元，二审调整为20000元，裁量尺度有所不同，目的都是基于竞业限制条款的显失公平，作出了有利于劳动者一方的判决。

编写人：江西省南昌市西湖区人民法院　张世民

32

个体工商户经营者死亡后“用人单位”的认定

——厦门市思明区才久旺记炖品食府诉劳星会劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第1833号民事裁定书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：厦门市思明区才久旺记炖品食府（以下简称才久旺记炖品食府）

被告（被上诉人）：劳星会

【基本案情】

被告劳星会于2011年2月28日进入原告才久旺记炖品食府工作，岗位为厨师，2011年9月20日离职。原告为被告发放工资至2011年8月，2011年9月未发放工资。被告在原告处工作期间，原告为被告缴纳了2011年7月至9月期间的社会保险。原告为个体工商户，登记经营者为任瑞荣。任瑞荣于2011年6月26日死亡。任瑞荣死后，原告仍在继续经营，实际经营者不明。关于被告的月工资标准，原告主张为3700元，被告主张为4200元（包括基本工资3700元、奖金400元、满勤奖100元）。关于被告离职的原因，原告主张因被告违反工作制度，原告劝退被告，被告表示不再上班而离职；被告主张原告未举证证明被告违反工作制度，被告离职系因原告无故辞退所致。2011年9月26日，被告向厦门市思明区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，请求裁决原告：1. 支付2011年9月1日至20日期间的工资2800元；2. 补缴2011年2月至6月期间的社会保险；3. 支付违法解除劳动合同的经济赔偿4200元。2011年12月20日，厦门市思明区劳动争议仲裁委员会裁决：1. 原告支付被告2011年9月1日至20日期间的工资2510.34元（4200元/月÷21.75天×13天）；2. 原告支付被告因违法解除劳动合同一个月工资经济补偿金之二倍赔偿金8400元；3. 驳回被告的其他仲裁请求。原告不服上述裁决，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

个体工商户经营者死亡但未办理注销登记而继续经营期间，如与劳动者之间产生劳动争议，个体工商户是否应承担用人单位的法律责任。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：原告才久旺记炖品食府与被告劳星会之间存在劳动关系，双方均应严格遵守相关法律法规的规定。虽然原告的登记经

营者任瑞荣已死亡，但是原告尚未办理注销登记，并在任瑞荣死后继续经营，原告在继续经营的过程中与被告发生劳动争议，应依法承担法律责任。原告应向被告及时足额支付劳动报酬。双方对被告的工资标准有争议，原告作为用人单位应对被告的工资标准承担举证责任，但原告未举证证明，应承担举证不能的法律后果，法院对被告主张的工资标准4200元/月予以确认。故原告应支付被告2011年9月1日至20日期间的工资2510.34元。原告未及时为被告缴纳社会保险，违反了相关法律规定，但因欠缴、少缴社会保险而发生的争议不属于劳动争议受案范围，故法院不予处理，被告可向有关社保征缴部门提起申诉。原告主张因被告工作表现不佳、严重违反工作制度而劝退被告，但未举证证明，应承担举证不能的法律后果，法院对被告关于原告无故辞退被告的主张予以采纳。原告无故辞退被告，系违法解除劳动合同，应承担违法解除劳动合同的法律责任。被告提起劳动仲裁时请求裁决原告支付违法解除劳动合同的经济赔偿金4200元，不违反法律规定，法院予以支持。被告主张其在劳动仲裁阶段经仲裁委释明而变更了经济赔偿金部分的申请请求，但未举证证明，法院不予确认。

福建省厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十条第一款、第四十七条、第八十七条，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第九条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，作出如下判决：

一、原告厦门市思明区才久旺记炖品食府于本判决生效之日起七日内支付被告劳星会2011年9月1日至2011年9月20日期间的工资2510.34元；

二、原告厦门市思明区才久旺记炖品食府于本判决生效之日起七日内支付被告劳星会经济赔偿金4200元；

三、驳回原告厦门市思明区才久旺记炖品食府的诉讼请求。

才久旺记炖品食府持原审起诉意见提起上诉。因才久旺记炖品食府未在指定期限内预交上诉案件受理费又未提出缓交申请，福建省厦门市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零七条第一款、《诉讼费用交纳办法》第二十二条第二款、第四款的规定，裁定如下：

一、本案按上诉人厦门市思明区才久旺记炖品食府自动撤回上诉处理。

二、各方均按原审判决执行。

【法官后语】

依法办理营业执照并起有字号的个体工商户在民事诉讼中的主体资格涉及两类案件，一类是普通民事案件，另一类是劳动争议案件，两类案件应依照不同的法律认定个体工商户的民事主体资格。

依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十六条的规定："在普通民事诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人，有字号的，应在法律文书中注明登记的字号；营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。"

依照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第九条的规定："劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。"

个体工商户在劳动争议案件中的诉讼主体资格之所以有别于普通民事案件，是因为劳动法和劳动合同法明确规定企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织是用人单位，具备用工主体资格，而个体工商户的业主（经营者）个人依法没有用工主体资格，因而不能作为劳动争议案件的当事人。本案系劳动争议案件，原告才久旺记炖品食府系个体工商户，其作为用人单位而具有诉讼主体资格本来毋庸置疑，但本案争议的焦点在于个体工商户的业主即登记的经营者死亡后，个体工商户还能否作为用人单位与劳动者发生劳动关系。

依照2011年公布的国务院《个体工商户条例》第二条的规定："有经营能力的公民，依照本条例规定经工商行政管理部门登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以个人经营，也可以家庭经营。"该条例第八条、第十条、第十二条规定，申请登记为个体工商户，应当申请注册登记，登记事项变更的，应当申请办理变更登记。个体工商户变更经营者的，应当在办理注销登记后，由新的经营者重新申请办理注册登记。家庭经营的个体工商户在家庭成员间变更经营者的，应当办理变更登记手续。个体工商户不再从事经营活动的，应当办理注销登记。从上述规定可以看出，个体工商户是从事工商业经营的公民，其经营者的变更，应当办理注销并重新登记或者变更登记手续。本案中，原告才久旺记炖品食府的经营者死亡后，原告未依法办理注销并重新登记或者变更登记手续，而是继续经营，相关部门应督促并责令原告及时办理相关手续，但该期间产生的与劳动者之间的劳动争

议，原告仍应承担其作为用人单位的法律责任。换言之，由于个体工商户本身就是以营业执照上登记的字号为当事人，故其经营者的死亡并不必然导致个体工商户用人单位即诉讼主体资格的丧失。

相关数据显示，目前我国个体工商户的数量巨大，从业人员众多，有的个体工商户规模庞大，雇佣员工之多甚至超过百人，创造了大量的就业机会。个体工商户作为用人单位必须妥善处理好与劳动者之间的关系，才能收获更大的财富。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院 朱晨

三、社会保险

33

关于退休待遇标准的请求不属于民事诉讼范围

——杜紫东诉厦门市海沧区广播电视台、厦门市海沧区人力资源和社会保障局养老保险待遇案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第2495号民事裁定书

2. 案由：养老保险待遇纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：杜紫东

被告（被上诉人）：厦门市海沧区广播电视台（以下简称海沧区电视台）、厦门市海沧区人力资源和社会保障局

【基本案情】

1988年7月4日，原告杜紫东根据原厦门市劳动局厦劳计（1988）第053号《关于下达第六批招收合同制工人指标的通知》，通过招录进入原厦门市杏林有线广播站工作，为全民所有制工人。从1988年7月开始，杏林区有线广播站开始为原告缴纳职工养老保险。后厦门市杏林有线广播站更名为杏林区广播电视台。1994年原中共厦门市杏林区委宣传部任命原告为原杏林广播电视台副台长。2001年4月12日，原厦门市杏林区工会委员会同意厦门市杏林区广播电视台工会关于原告任

工会主席的请示。2003年厦门市进行区划调整，杏林区广播电视台变更为海沧区广播电视台，属于区级新闻媒体，系财政全额拨款事业单位。2004年12月27日，原告与海沧区电视台签订《厦门市事业单位聘用合同》。原告工作至2011年10月，达到退休年龄，因是否应按《厦门市人民政府关于印发〈厦门市事业单位职工基本养老保险试行办法〉的通知》（以下简称《通知》）和《厦门市事业单位职工基本养老保险试行办法》（以下简称《试行办法》）享受退休待遇的财政补差与两被告有不同意见，于2012年2月24日向厦门市海沧区人事争议仲裁委员会申请仲裁。2012年3月1日厦门市海沧区人事争议仲裁委员会作出《不予受理案件通知书》，认为原告与海沧区电视台因退休待遇引起的争议不属于《福建省事业单位人事争议处理规定》的受案范围，不予受理。原告遂向法院起诉，请求判令：根据《通知》的精神及《试行办法》的规定，确认原告应当享有该《通知》第二条及《试行办法》第十五条和第十七条第一款规定的退休养老保险待遇。

【案件焦点】

原告请求按照事业单位员工标准享受退休待遇，进行金额补差，是否属于人民法院受理民事诉讼的范围。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市海沧区人民法院认为：人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系引起的民事诉讼。在本案中，原告杜紫东已达到法定退休年龄，其与区电视台的劳动合同关系已经终止，双方并非因履行劳动合同而引发劳动争议。原告杜紫东与区人社局之间的纠纷系属养老保险待遇的争议，非平等主体之间的民事权利争议，不属于人民法院受理民事诉讼的范围。

依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条、第一百四十条第三款的规定，裁定如下：驳回原告杜紫东的起诉。

原告持原审起诉意见提起上诉。厦门市中级人民法院认为：（1）本案双方当事人对办理退休并无争议，杜紫东实际上也已经办理了退休手续，现双方的争议为杜紫东应按何种标准享受退休待遇的问题。杜紫东请求确认其享有《通知》第二条及《试行办法》第十五条和第十七条第一款规定的退休养老保险待遇，应属社保行政机构处理范畴，不属人民法院受理民事诉讼范围，原审裁定驳回其对海沧区电视台

的起诉正确。(2) 海沧区人社局与杜紫东之间并不存在劳动人事关系，海沧区人社局不是本案劳动人事争议的主体，杜紫东与海沧区人社局之间当属行政争议。故杜紫东在本案中起诉海沧区人社局显属主体错误，原审裁定驳回其对海沧区人社局的起诉正确。综上，原审驳回原告起诉的裁定正确，依法应当予以维持。杜紫东的上诉理由不能成立，其上诉请求本院不予支持。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条的规定，裁定如下：驳回上诉人杜紫东的上诉，维持原裁定。

【法官后语】

1. 原告的请求不属于劳动争议或人事争议的范围

原告认为，其退休手续应按照《办法》和《通知》办理，其属于事业单位编制内的全民所有制合同制工人，而不是《通知》第二条规定的“事业单位聘用的劳动合同制职工及其他编外人员”。因为历史原因，事业单位内部确实存在着事业单位在编职工、事业单位聘用的劳动合同制职工以及其他编外人员的区分。原告于1988年7月4日，根据原厦门市劳动局厦劳计（1988）第053号《关于下达第六批招收合同制工人指标的通知》，通过招录进入原厦门市杏林有线广播站工作，2004年12月27日，原告与海沧区电视台签订《厦门市事业单位聘用合同》。可见，原告确属事业单位聘用的劳动合同制职工，原告与被告海沧区电视台之间建立的是劳动合同关系。双方均确认，海沧区电视台根据劳动合同的约定足额为原告缴纳了社会保险，并已经为原告办理了退休手续。海沧区电视台已经履行了劳动合同的义务，不存在不交、少交、迟交养老保险金的行为，因此，原告与海沧区电视台之间并不存在因履行劳动合同而产生的养老保险金的争议，海沧区电视台作为被告主体不适格。区人劳局确属社保机构的管理单位，但是其并不是劳动合同的签订主体，与原告之间并不存在民事法律关系，其将区人劳局列为被告，主体不适格。

2. 原告争议问题的救济途径

原告的诉讼请求并非确认其身份，而是绕开了身份的问题，直接请求确认其可以享受财政补差待遇。但是，原告能否享受财政补差待遇却不能回避其身份界定。根据《试行办法》第三条：“……各区劳动保障行政部门具体负责区属事业单位养老保险工作”的规定，对于原告身份的确认，属于被告区人劳局的法定义务。在本

案中，区人劳局在2012年2月17日在给原告的答复中，明确了原告的身份是合同制工人，而该份答复是被告的具体行政行为的具体落实，也是影响原告权利的体现。原告可以通过行政诉讼的方式救济权利。事实上，原告已于2012年10月9日向本院提起行政诉讼。

编写人：福建省厦门市海沧区人民法院　芦絮

34

用人单位未缴纳社会保险应否承担补偿责任

——孟涛诉中联国际文化发展有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第10635号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：中联国际文化发展有限公司（以下简称中联公司）

被告（上诉人）：孟涛

【基本案情】

孟涛于2008年6月16日入职中联公司，从事设备运行维护工作，月工资2500元。孟涛在职期间，双方未签订书面劳动合同。孟涛为城镇户口。

因发生经济补偿金等争议，孟涛于2010年6月2日向北京市朝阳区劳动争议调解委员会申请调解，该委员会于同月20日通知孟涛，案件将于同月22日进行调解。同年9月19日，该委员会出具调解情况说明书，说明孟涛与中联公司的劳动争议经调解，双方未达成协议。在该案调解期间，孟涛于2010年6月24日向北京市朝阳区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。该仲裁委于同年7月1日立案，于同日通知中联公司进行举证，并定于同年11月4日开庭进行审理。朝阳区劳动争议仲裁

委员会经审理，于2011年7月28日作出京朝劳仲字［2010］第06933号裁决书。裁决后，中联公司、孟涛均不服该裁决，起诉至西城区人民法院。

一审审理过程中，孟涛提交社保个人缴费对账单、医保账户活期明细及参保职工四险缴费情况表，用以证明在职期间，中联公司没有给孟涛缴纳社会保险，其中养老、失业和医疗保险为个人缴纳，而工伤和生育保险未计算。中联公司对上述证据真实性予以确认，并确认其公司未给个人缴纳社保和医保，但个人所需缴纳的各项保险费用已经通过工资发放，应由个人去缴纳。

【案件焦点】

用人单位未为劳动者交纳社会保险费，而劳动者自行缴纳该费用后，用人单位是否应承担相应补偿责任。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院审理认为：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。孟涛于2008年6月16日入职中联公司，双方至迟应当在2009年6月15日之前签订书面劳动合同，但一直未签订。孟涛于2010年6月2日向北京市朝阳区劳动争议调解委员会申请调解，在孟涛申请调解之日，为期一年的仲裁时效并未期满。该委员会于同月20日通知孟涛，案件将于同月22日进行调解。故孟涛主张权利的行为构成仲裁时效的中断，孟涛要求中联公司支付2008年7月16日至2009年6月15日期间未签订劳动合同的双倍工资差额27500元的诉讼请求，于法有据，本院予以支持。劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。本案中，通过孟涛提交的社保个人缴费对账单、医保账户活期明细及参保职工四险缴费情况表可以看出，孟涛有独立的社保及医保账户，故本案不属于劳动者与尚未参加社会保险统筹的用人单位发生的社会保险纠纷，且孟涛未能证明社保经办机构存在不能补办的情形，因此孟涛要求中联公司支付未缴纳社会保险造成损失13488元的诉讼请求，不属于人民法院应当受理的劳动争议范畴，法院不予支持。西城区人民法院判决：

一、自本判决书生效之日起七日内，中联国际文化发展有限公司向孟涛支付2008

年7月16日至2009年6月15日期间未签订劳动合同的双倍工资差额27500元整；

二、驳回孟涛的其他诉讼请求。

孟涛不服一审判决，提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理查明：一审期间，孟涛就其主张的保险损失表示为其缴纳的保险费用的总和，二审期间，经对该费用进行核算，数额为10401.19元。

北京市第一中级人民法院审理认为：中联公司作为用人单位，为职工缴纳社会保险费用是其法定义务，其主张与孟涛口头协议，将应缴纳的社会保险费纳入孟涛的工资中，没有证据证实，法院不予采信。因中联公司未为孟涛缴纳社会保险费用，致使孟涛自行缴纳了养老保险、失业保险、医疗保险的费用，中联公司应对孟涛予以补偿。现孟涛自行缴纳的费用数额并未超出中联公司应当缴纳的费用数额，中联公司应向孟涛支付该补偿费用10401.19元。孟涛就此费用的超额主张，依据不足，法院不予支持。综上所述，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决：

一、维持北京市西城区人民法院（2011）西民初字第20938号民事判决第一项；

二、撤销北京市西城区人民法院（2011）西民初字第20938号民事判决第二项；

三、本判决生效后7日内，中联国际文化发展有限公司向孟涛支付社会保险的补偿款10401.19元。

【法官后语】

本案处理的难点在于用人单位是否应对劳动者自行缴纳的社会保险进行补偿。根据相关法律，为劳动者缴纳社会保险费是用人单位的法定义务，不能以任何理由推脱或变通。《劳动法》第七十二条规定："用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。"用人单位缴纳社会保险费是其法定义务，应当按时足额缴纳。

本案中，中联公司确认其未给孟涛缴纳社会保险，并主张个人所需缴纳的各项保险费用已经通过工资发放，应由个人去缴纳。对此，中联公司并未提交证据证明。孟涛为城镇户口，在入职中联公司前以个人存档身份缴纳各项保险费用。入职

中联公司后，公司依法应当主动到相关机构为孟涛办理变更社保缴费的手续。显然中联公司没有履行该项义务，导致孟涛一直以个人委托存档身份自行缴纳社会保险，本应由用人单位承担的义务转嫁到了劳动者身上。很显然，用人单位不能因其违法行为而获利，劳动者也不应负担其不应负担的义务，故中联公司须为其逃避法定义务的行为“买单”。本案由于孟涛已自行缴纳了各项保险费用，用人单位不存在补缴的问题，故该项诉讼请求人民法院应予处理，一审法院对此判决有误，二审予以纠正。在二审审理过程中，主审法官计算出孟涛自行缴纳的保险费用总和，并计算出正常情况下用人单位应缴纳的保险费用，两相比较，前者低于后者，故支持了劳动者请求的此项数额。

编写人：北京市第一中级人民法院　陈栋梁

35

用人单位未为劳动者办理社会保险是否承担劳动者的社会保险待遇

——江茂丽诉广东威文服装有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 调解书字号

广东省汕尾市中级人民法院（2012）汕尾中法民三终字第40号民事调解书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：江茂丽

被告（上诉人）：广东威文服装有限公司

【基本案情】

原告于2011年2月重新入职被告处做前幅计件工，双方没有签订劳动合同，

原告工作期间，被告没有为原告参加社会保险。2011年10月8日晚，原告在家突然发病，次日被送至海丰县彭湃纪念医院治疗，诊断为脑室出血。2011年10月11日，原告转入广州中国人民解放军421医院住院治疗，同年11月25日出院，现还在继续神经功能康复。原告在海丰县彭湃纪念医院治疗期间，用去医疗费7386.5元（其中自费药为977.23元），在广州中国人民解放军421医院住院治疗期间，用去医疗费91575.7元（其中自费药为9539.59元），医疗费总共104081.69元，全部由原告支付。原告在职9个月平均工资为2174元。后原告要求被告解决医疗费不成，于2011年11月4日向海丰县劳动争议仲裁委员会提起仲裁，海丰县劳动争议仲裁委员会于同年12月5日作出海劳仲案字［2011］035号仲裁裁决书，裁决：1. 被告支付原告伤病假期工资3913.2元；2. 医疗费104081.69元按社保政策规定由双方承担；3. 驳回原告其他请求。原告不服劳动仲裁，遂向法院起诉。原告从广州中国人民解放军421医院出院后，于2011年10月13日到广东省第二人民医院治疗，产生费用5119.49元，原告另行起诉。

【案件焦点】

用人单位未为劳动者办理社会保险，用人单位是否应承担劳动者的社会保险待遇

【法院裁判要旨】

广东省海丰县人民法院认为：原告于2011年2月重新入职被告处做前幅计件工，双方虽未签订劳动合同，但双方已形成事实劳动关系，其劳动关系成立，依法受法律保护。原告在工作期间，被告应为原告参加社会保险，为原告获得社会保险待遇。被告没有为原告参加社会保险，其社会保险待遇应由被告承担。原告患病住院期间医疗费104081.69元，参照海丰县城镇职工医疗保险相关规定，被告应承担医疗费为69926.77元。海丰县劳动争议仲裁委员会确认原告伤病假期工资3913.2元，符合法律规定，依法应予支持。原告请求被告支付病退医疗补助金19566元，支付病退解除劳动关系补偿金10870元，给予原告病退应享受的退职待遇，一次性支付20年病退救济金260880元，补发原告产假工资6522元，支付未与原告依法订立劳动合同的赔偿金23914元，该请求没有经过劳动仲裁，不是本院直接审理范围，故该请求本院不予审理。原告其他诉讼请求，缺乏依据，依法不予支持。依照

《中华人民共和国社会保险法》第五十八条和《中华人民共和国劳动合同法》第四条之规定，于2012年3月28日作出判决如下：

一、被告广东威文服装有限公司应于本判决生效之日起7日内支付原告江茂丽伤病假期工资3913.2元，医疗期医疗费69926.77元。

二、驳回原告其他诉讼请求。

一审宣判后，被告广东威文服装有限公司不服，上诉称，原告在工作过程中，被告多次要求原告购买医保等社保，因涉及原告的费用承担，原告明确表示不愿意购买，不购买社保的责任在于原告，被告不存在过错。请求撤销一审判决。在二审理过程中，经汕尾市中级法院主持调解，双方当事人自愿达成调解协议，被告一次性支付原告各项损失人民币62000元。

【法官后语】

本案争议点是用人单位未为劳动者购买社会保险，用人单位是否承担劳动者的社会保险待遇。

根据《社会保险法》(2011年7月1日实施)第三十三条规定："职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不用缴纳工伤保险费。"第五十八条规定："用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。"根据上述法律规定，用人单位必须为劳动者购买社会保险，购买社会保险是用人单位必须履行的法定义务。我国建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险制度，是保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。用人单位没有履行法定义务为劳动者购买社会保险，是违背上述法律规定的违法行为，使工人丧失社会保险待遇，丧失从国家和社会获得物质帮助的权利。劳动者的损失由谁承担？根据《劳动合同法》第八十条规定：用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。本案中，被告要求原告购买医保等社保，因涉及原告的费用承担问题，没有购买社保。但被告没有依法履行自身应承担的为劳动者购买社保的义务，对原告无法从国家和社会获得物质帮助而造成的损失，应当由被告承担。

编写人：广东省汕尾市海丰县人民法院　彭泽川

36

用人单位与劳动者协议不参加社会保险行为的效力认定

——张家港新东旭纺织印染有限公司诉李振友劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院（2012）苏中民终字第0777号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：张家港新东旭纺织印染有限公司（以下简称新东旭公司）

被告（上诉人）：李振友

【基本案情】

2010年4月30日，李振友进入新东旭公司工作，同日，双方签订全日制劳动合同，约定合同期限自2010年4月30日至2011年4月29日。李振友等员工还于同日向新东旭公司提交申请，主要内容为："公司已依法告知其参加社会保险的事宜，并敦促其提供相关资料，经本人慎重考虑，决定不参加社会保险。因此而产生的责任及后果均由我本人承担。请将公司应承担之社会保险费随工资发放给本人。"新东旭公司未为李振友办理城镇职工社会保险参保手续。

同年11月11日，李振友因脑出血、肋骨骨折、肺挫伤在张家港市第一人民医院住院治疗，同月17日转入苏州附属第二医院住院治疗。李振友共支付医疗费69753.32元。后经劳动争议仲裁委员会裁决，新东旭公司应向李振友支付医疗费61869.96元、病假工资2352元。新东旭公司不服，认为李振友申请不缴纳社会保险，公司同意其申请，并向李振友支付了社保补贴，由此产生的责任应当由李振友自行承担，其无需向李振友支付其自身患病的医疗费。李振友非因工负伤，既未提交病假证明，在医疗期满后也未到公司上班，其劳动关系自2012年12月24日最

后一次出院后解除。审理中，原、被告双方一致认可被告李振友用去的医疗费中，应当列入社保基金报销的金额是 61869.96 元；李振友患病期间，新东旭公司分两次向李振友支付 11000 元。

【案件焦点】

张家港新东旭纺织印染有限公司与李振友之间不参加社会保险、将应当缴纳的社会保险费以社保补贴形式发放的约定是否有效。

【法院裁判要旨】

一审法院认为：用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。为职工参加社会保险是用人单位的法定义务，属于法律的强制性规定。根据法律规定，违反法律、行政法规强制性规定的劳动合同属于无效或部分无效。因此，李振友与新东旭公司之间关于不参加社会保险的合意行为无效。基于双方对新东旭公司是否发放社保补贴存在争议，李振友在新东旭公司工作期间患病，因未参加社会保险导致其医疗费无法由社保基金承担，由此产生的损失应由原告承担。从照顾相对于用人单位而言处于弱势的劳动者等实际情况出发，对李振友产生的医疗费损失，由新东旭公司承担 43000 元，其余部分由被告自理。新东旭公司向李振友支付了 11000 元，双方未书面约定该款的性质，但新东旭公司作为义务人，只要承担法定义务即可，其之前已支付的款项，应从总的赔偿款中扣除。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、《中华人民共和国劳动法》第七十二条、《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第一款第（三）项的规定，判决：原告张家港新东旭纺织印染有限公司支付被告李振友医疗费 43000 元、病假工资 2352 元，合计 45352 元，扣除已支付的 11000 元，余款 34352 元限原告张家港新东旭纺织印染有限公司于判决生效后 10 日内履行。

李振友不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为：社会保险制度作为一项经济、社会制度，牵涉整个国家改革、发展、稳定的大局，更牵涉广大人民群众的根本利益。为职工参加社会保险是用人单位的法定义务，用人单位为劳动者缴纳社会保险具有强制性，无需与劳动者协商，任何单位、任何个人不得以任何形式、任何理由进行减免。故用人单位未为劳动者缴纳社会保险而产生的损失均应由用人单位承担。本案中，新东旭公司是于

2004年成立的外商投资企业，为职工参加社会保险是其成立之时就应承担的法定义务。《社会保险费征缴暂行条例》规定缴费个人应当缴纳的社会保险费，由所在单位从其本人工资中代扣代缴，社会保险费不得减免。这也表明用人单位帮助劳动者代扣代缴不存在现实障碍。即使用人单位与劳动者之间有不参加社会保险之约定，就算是出于劳动者自愿，但该约定明显违反法律、行政法规强制性规定，与社会保险的保障功能不符，当属无效。本案中，由于新东旭公司未依法为李振友参加社会保险，导致李振友的医疗费无法由社保基金承担，由此产生的损失应由新东旭公司全部承担。虽然新东旭公司认为李振友申请不参加社会保险，公司还每月发放社保补贴280元，但这不构成新东旭公司免除责任的任何理由。首先，所谓的申请从形式上看是格式化的，关键条款均为事先打印，上面除李振友外还有其他数十名员工的签名；其次，即使李振友自愿申请不参加社会保险，新东旭公司也不能同意，新东旭公司作为用人单位应该比李振友更清楚不参加社会保险可能导致的后果，以用人单位的强势地位完全可以避免不参加社会保险情况的发生。因此新东旭公司应当承担李振友的医疗费无法由社保基金报销而产生的全部损失。李振友在享受权利的同时也应承担相应的义务，每月280元的社保补贴应予抵扣。虽然李振友否认公司发放社保补贴，但在申请上有保险费随工资发放本人的表述，原审法院向新东旭公司有关人员的调查笔录和新东旭公司原始财务凭证中的工资单能够证明有280元社保补贴的项目，故本院对新东旭公司每月发放社保补贴予以确认，理应从新东旭公司所承担未依法为李振友参加社会保险而产生的医疗费损失中抵扣。

关于新东旭公司支付李振友11000元性质问题。李振友主张该款属于新东旭公司自公司关爱基金中发放的困难补助，不应从新东旭公司承担的医疗费中扣除。结合本案有关事实和证据，该11000元款项应当从公司承担的医疗费中扣除。理由如下：一是双方未书面约定该款项的性质；二是该款项的来源名为关爱基金，实际并非来源于工会组织或职工捐款，依然是公司拨款；三是新东旭公司支付李振友11000元时，考虑到未为李振友交社会保险的因素。故新东旭公司已支付的该款项，应从总赔偿款中扣除。

综上所述，上诉人李振友的部分上诉请求有理有据，本院予以支持，原审判决部分不当。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第

（三）项、《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第一款第（三）项之规定，判决：

一、撤销江苏省张家港市人民法院（2011）张民初字第1461号民事判决；

二、张家港新东旭纺织印染有限公司支付李振友医疗费61869.96元、病假工资2352元，合计64221.96元，扣除已支付的11000元，扣除返还社保补贴1680元，余款51541.96元限张家港新东旭纺织印染有限公司于本判决生效后10日内履行。

【法官后语】

《劳动法》第七十二条规定："社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实现社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。"社会保险作为一项政治经济制度，与商业保险不同，具有强制性、普惠性、保障性、非营利性等特点，这些特点决定了为劳动者参加社会保险是用人单位的社会责任，也是用人单位的法定义务，用人单位不能以任何形式、采取任何手段免除为劳动者参加社会保险、缴纳社会保险费用的义务，违反这项义务，用人单位应当承担责任。实践中，用人单位通过各种手段规避为劳动者参加社会保险义务的情形随处可见，一些方式甚至披上了貌似"合法"的外衣，严重扰乱了劳动秩序，侵害了劳动者的权益。

本案涉及的用人单位与员工协议不参加社会保险、将应缴社会保险费以现金方式直接发放的情形，其产生背景是，现实中还存在社会保险异地转移难的困境，加之有些员工缺少法律意识、风险意识，重视眼前利益，不少外来打工的劳动者乐于接受用人单位的此种行为，而这种貌似"合法"、充分尊重劳动者本人意愿的行为不仅不应提倡，而且应当予以禁止并严厉打击。该案的一审和二审均认为作为用人单位的新东旭公司与劳动者协议不参加社会保险违反了法律的强制性规定，但是在判决过程中围绕劳动者本人是否需要就同意用人单位不为自己参加社会保险承担一定的责任时发生分歧，一审法院认为劳动者在明知用人单位的行为可能侵害到自身权益时，仍然同意接受用人单位的意见，存在一定过错，需要自行承担一部分责任。而二审法院则从社会保险制度设置的意义出发，认为在任何情况下，用人单位都必须为不给劳动者参加社会保险的行为所造成的后果承担全部责任。应该说，二审法院判决充分考虑了劳动者作为弱势一方在签订劳动合同中的无奈选择，更加有力地保护了劳动者的合法权益。

编写人：江苏省张家港市人民法院　吴丹

四、追索劳动报酬、经济补偿金

37

在约定的经营目标未达成时用人单位是否应支付劳动者奖金

——许波杰诉北京四季兴海置业有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第03987号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：许波杰

被告：北京四季兴海置业有限公司（以下简称兴海公司）

【基本案情】

2009年7月9日，许波杰入职兴海公司，同日双方签订有效期至2012年7月8日的劳动合同，约定聘任许波杰担任公司总经理。同日双方还签订经营责任书，约定：（1）兴海公司根据许波杰的目标任务，按照兴海公司管理制度及规章，为许波杰经营管理创造条件、环境，提供人、财、物等相关资源，促进许波杰经营目标的顺利实现；（2）2009年度经营目标为当年各项回款总额3600万元，开业出租率达到75%，2009年底出租率达到85%，2009年工作任务为8月10日前基本完成团队组建与培训，并修订市场布局规划，根据市场建设进度，做好各阶段的市场宣传策划，9月10日前做好市场开市前的各项准备工作，在基本设施满足市场开业条件的

前提下确保9月25日开始试营业，第一阶段主要以摊位租赁收益为主，辅以冷藏配套收益、物业管理收益等，第二阶段在市场进入稳定期后，逐步导入拍卖交易，在收费上实现租金及交易费的赢利模式，另增加展会收益等；(3) 许波杰享受年薪制，年薪总额80万元，年薪由月薪和年终奖励两部分构成，基准月薪3万元，按月发放，年终奖励总额为44万元，以收入指标的完成情况为基本兑现依据，各项回款总额低于经营指标75%时，年终奖励不予兑现，本责任书中的(2)、(3)、(4) 条适用于2009年度，上述条款在劳动合同期限内每年度调整一次。

经查，四海公司位于北京市海淀区南坞村甲1号院的老市场，因消防问题于2009年9月被责令停产停业，同年10月该院内的C栋建筑被查封，2010年10月1日，四海公司的新市场开业。四海公司称新市场未如期使用系因客观条件发生变化，并非四海公司原因导致。许波杰主张系因四海公司资金未到位导致新市场延期开业，并称四海公司只有新老市场，因两市场无法运营导致其未完成也无法完成经营责任书中约定的获得年终奖励的经营指标。四海公司称该公司还有其他经营内容。另查，四海公司未向许波杰支付2009年7月至2011年3月期间年终奖励。

2011年4月1日，许波杰以要求兴海公司支付工资为由向北京市海淀区劳动争议仲裁委员会提出申诉，同年4月18日许波杰提出增加仲裁请求事项申请书，要求解除双方劳动关系，兴海公司向其支付经济补偿金、解除劳动合同经济补偿金，申请书中并未写明解除理由。2011年6月3日的仲裁庭审中，兴海公司同意解除双方劳动关系。

北京市海淀区劳动争议仲裁委员会于2011年8月29日作出京海劳仲字[2011]第4374号仲裁裁决书，裁决许波杰与兴海公司于2011年6月3日协商一致解除劳动合同，驳回许波杰的其他申请请求。许波杰不服仲裁裁决诉至本院。

一审诉讼庭审中，许波杰主张提出解除劳动关系理由为拖欠工资，兴海公司称在此之前许波杰从未提出该项解除理由。许波杰主张工作至2011年6月，双方于2011年6月30日解除劳动关系。兴海公司称2011年3月21日向其发出调岗通知后，其未按要求进行调岗，亦未到公司工作，许波杰认可收到该通知，但不认可其中内容。通知中写明："许波杰不能胜任总经理岗位，经股东会研究决定，免去总经理职务，调换岗位为招商部招商专员，相关薪酬依据工作岗位进行相应的调整。"

【案件焦点】

在未达到经营目标的情形下，许波杰是否应当获得年终奖励。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：本案主要争议焦点在于许波杰是否应获得年终奖励。根据经营责任书，关于年终奖励支付条件及金额等约定仅适用于2009年度，故本院对于许波杰依据经营责任书主张其2010年1月至2011年3月期间的年终奖励及25%经济补偿金不予支持。奖励性工资系用人单位对于劳动者工作表现的一种激励手段，用人单位通过这种对劳动者的管理方式，激发劳动者发挥个人潜能，更多地为用人单位创造价值，在用人单位达到赢利的同时，劳动者有权从用人单位获得其应得的奖励性工资，双方达到共赢状态。本案中，许波杰并不符合经营责任书中约定的应获得年终奖励的条件，许波杰提出其未达到经营目标的原因在于兴海公司未提供经营条件，即老市场被查封，新市场未如期开业。本院认为，市场被查封以及未如期开业属于经营风险，经营责任书中并未约定市场无法经营、公司未达到赢利等情况下，兴海公司仍应向许波杰支付年终奖励，由此可知，许波杰获得年终奖励的前提是其达到经营责任书中约定的经营目标，使兴海公司因此获得赢利，如果因经营风险、经营不善等各种原因导致许波杰未达到经营责任书中约定的经营目标，许波杰均无权获得年终奖励，故本院对于许波杰主张的2009年7月至2009年12月期间的年终奖励及25%经济补偿金不予支持。

2011年4月18日，许波杰以申请仲裁的方式要求解除与兴海公司的劳动关系，同年6月3日的仲裁庭审中，兴海公司同意解除双方劳动关系，许波杰主张解除劳动关系的理由为兴海公司拖欠工资，但其并未就兴海公司存在拖欠工资行为提交充分证据证明，本院认为许波杰以此为由要求兴海公司支付解除劳动合同经济补偿金依据不足，本院不予支持，并认定双方于2011年6月3日解除劳动合同关系。

北京市海淀区人民法院根据《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定，判决如下：

一、许波杰与北京四季兴海置业有限公司于2011年6月3日解除劳动合同关系；

二、驳回许波杰的诉讼请求。

宣判后，许波杰不服一审判决结果，向北京市第一中级人民法院提起上诉，

2012年4月16日北京市第一中级人民法院作出驳回上诉，维持原判的终审判决。

【法官后语】

根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十三条规定，劳动法中的“工资”是指用人单位根据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬及特殊情况下支付的工资等。本案中，许波杰与兴海公司之间签订经营责任书，约定了许波杰享受年薪总额80万元，年薪由月薪和年终奖励两部分构成，基准月薪3万元，按月发放，年终奖励总额为44万元；奖励性工资并非完成标准工作要求而支付的普通劳力报酬，系用人单位对于劳动者工作表现采取的激励手段，通常依据劳动者工作表现及其劳动给用人单位带来经济效益的大小予以衡量，在实现效益或达到既定目标后，劳动者有权根据其劳动获得相应的奖励。通常而言，双方会对获得奖励性工资的条件予以规定，就本案而言，双方签订的经营责任书中约定了年终奖励以收入指标的完成为基本兑现依据，各项回款总额低于经营指标75%时，年终奖励不予兑现。

本案中，许波杰并未达到经营责任书中约定的应获得年终奖励的条件，许波杰提出理由如下：因兴海公司未提供经营条件，即老市场被查封，新市场未如期开业，导致其无法达到经营目标。任何经营性的用人单位在经营过程中不可避免会遇到对企业经营目标的实现可能造成负面影响的事项发生，就本案而言，老市场被查封以及新市场未如期开业属于经营风险，双方签订的经营责任书中并无关于如遭遇经营风险导致经营目标未能达到的情形下，兴海公司仍应向许波杰支付年终奖励的约定。在未达到如期约定的经营目标，为给用人单位带来效益的情形下，如兴海公司支付该年终奖励，一方面有违奖励性工资之奖励、回报、激励之本质，另一方面显然会增加用人单位的营运成本，有违实质公平原则。

综上所述，用人单位与劳动者约定奖金的情况下，双方应就奖金支付的条件、义务及豁免情形进行充分协商，在双方没有明确约定的情形下，应当结合奖金支付的初衷及奖金性质综合进行判断，一方面切实保障劳动者的权利，另一方面对于降低企业运营可控成本风险也是一种保护，对建立起更和谐的劳资关系具有重大意义。

编写人：北京市海淀区人民法院　聂冉

38

职工以未付年休假工资报酬为由提出解除劳动合同能否获得经济补偿

——淄博齐银水泥有限公司诉师胜波劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市临淄区人民法院（2012）临民初字第1854号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告：淄博齐银水泥有限公司

被告：师胜波

【基本案情】

被告自1996年10月起到原告处工作，2006年8月28日，被告与山东齐银水泥股份有限公司签订劳动合同，2010年6月21日，被告在原告处工作时被烧伤。原告于2010年7月6日向临淄区人力资源和社会保障局提出工伤认定申请，临淄区人力资源和社会保障局于同年8月15日作出工伤认定决定书，认定师胜波所受伤害为工伤，淄博市劳动能力鉴定委员会于2011年8月29日作出劳动能力鉴定结论通知书，鉴定师胜波劳动功能障碍程度为九级，无生活能力自理障碍。在认定工伤和进行劳动能力鉴定时，登记的单位均为原告。被告因工伤在齐鲁石化中心医院住院共计49天。淄博市规定的市内伙食补助费标准为每天12元，2011年度淄博市职工平均工资为37214元。2012年6月29日，临淄区劳动人事争议仲裁委员会。裁决原、被告自2012年5月4日解除劳动合同，原告支付被告经济补偿32724元、未休年休假工资5015.17元、一次性伤残就业补助金37214元、住院期间伙食补助

费588元。原告同意支付被告一次性伤残就业补助金37214元，原、被告均同意自2012年5月4日双方解除劳动合同、未休年休假工资按2500元支付、解除劳动合同前12个月平均工资按1500元计算。原告已为被告补缴社会保险，被告不再要求原告支付住院期间伙食补助费588元。原告不同意支付被告经济补偿32724元。

【案件焦点】

劳动者以企业未支付年休假工资等为由提出解除劳动合同，企业应否支付经济补偿。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市临淄区人民法院经审理认为：原告同意支付被告一次性伤残就业补助金37214元，被告不再要求原告支付住院期间伙食补助费，原、被告双方均同意自2012年5月4日起解除劳动合同、未休年休假工资按2500元支付、解除劳动合同前12个月平均工资按1500元计算，本院予以确认。被告以原告拖欠年休假工资等为由向原告提出解除劳动合同，原告应依法支付经济补偿，被告在原告处工作年限为16年，其主张支付12个月的经济补偿，未超出法律规定，本院予以支持，经济补偿应为18000元（12个月×1500元）。

据此，山东省淄博市临淄区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十六条、第四十七条，《工伤保险条例》第三十七条，《职工带薪年休假条例》第三条、第四条及有关法律规定，判决如下：

一、原告淄博齐银水泥有限公司支付被告师胜波一次性伤残就业补助金37214元，于本判决生效后十日内付清；

二、原告淄博齐银水泥有限公司支付被告师胜波经济补偿18000元，于本判决生效后十日内付清；

三、原告淄博齐银水泥有限公司支付被告师胜波未休年休假工资2500元，于本判决生效后十日内付清；

四、驳回原告淄博齐银水泥有限公司的其他诉讼请求。

一审宣判后，原、被告均未提起上诉，该判决现已生效。

【法官后语】

经济补偿是劳动合同制度中的一项重要内容，是一种引导用人单位稳定用工的有效经济手段，涉及劳动者的重大经济利益，是企业承担社会责任的主要方式之一。国家要求用人单位解除或者终止劳动合同时，支付一定经济补偿，以帮助劳动者在失业阶段维持基本生活，不致其生活水平急剧下降。这种社会责任国家承担的多一点，用人单位支付的经济补偿就少一点。在我国失业保险制度建立健全过程中，经济补偿可以有效缓解失业者的焦虑情绪和实际生活困难，维护社会稳定，形成互助的良好社会氛围。经济补偿不同于经济赔偿，不是一种惩罚手段。另外，经济补偿是国家调节劳动关系的一种经济手段，引导用人单位长期使用劳动者，谨慎行使解除权利和终止权利。劳动法规定，用人单位单方解除劳动合同，依法支付经济补偿。用人单位为了减少成本，避免支付经济补偿，就不会随意解除劳动合同，从而达到稳定劳动关系的目的。《劳动合同法》基本延续了《劳动法》关于用人单位单方解除劳动合同应支付经济补偿的规定，同时增加规定劳动合同期满，满足一定条件的，用人单位依法终止劳动合同，并支付经济补偿。在过去的实践中，劳动合同一年一签的情况比较普遍，用人单位为了规避关于解除劳动合同支付经济补偿的规定，通过签订短期劳动合同，待劳动合同终止时，自然结束劳动关系。《劳动合同法》通过规定劳动合同终止，用人单位亦应依法支付经济补偿，可以起到遏制劳动合同短期化趋势，防止用人单位钻法律的空子，促使用人单位按照自身的实际需求，签订劳动合同。

关于经济补偿的范围。根据《劳动合同法》第四十六条第（一）项规定，劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。较《劳动法》的规定，本项经济补偿是《劳动合同法》增加的内容。《劳动合同法》第三十八条规定，在用人单位有违约、违法行为时，劳动者可以随时或者立即解除劳动合同。用人单位的违约、违法行为有：用人单位未依照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；用人单位未及时足额支付劳动报酬的；用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；用人单位有《劳动合同法》第二十六条中欺诈、胁迫或者乘人之危等行为致使劳动合同无效或者部分无效的；用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人

身安全的；法律、行政法规规定的其他情形。国务院《职工带薪年休假条例》第三条规定："职工累计工作已满1年不满10年的，年休假5天；已满10年不满20年的，年休假10天；已满20年的，年休假15天。"第五条规定："单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。"第七条规定："单位不安排职工休年休假又不依照本条例规定给予年休假工资报酬的，由县级以上地方人民政府人事部门或者劳动保障部门依据职权责令限期改正；对逾期不改正的，除责令该单位支付年休假工资报酬外，单位还应当按照年休假工资报酬的数额向职工加付赔偿金；对拒不支付年休假工资报酬、赔偿金的，属于公务员和参照公务员法管理的人员所在单位的，对直接负责的主管人员以及其他直接责任人员依法给予处分；属于其他单位的，由劳动保障部门、人事部门或者职工申请人民法院强制执行。"因此，企业未支付劳动者年休假工资报酬，属于行政法规规定的用人单位违约、违法行为的其他情形。劳动者以此为由提出解除劳动合同，根据上述规定，用人单位依法应当支付经济补偿。

编写人：山东省淄博市临淄区人民法院　刘海红

39

出租车司机的工资标准如何确定

——付庆明诉北京金泰汇民出租汽车有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第04312号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：付庆明

被告（被上诉人）：北京金泰汇民出租汽车有限公司（以下简称金泰公司）

【基本案情】

付庆明原系金泰公司员工，双方签订有期限自2006年5月31日至2011年5月30日的劳动合同书及营运承包合同书，付庆明担任出租汽车驾驶员。付庆明原系农业户口，后于2009年7月13日转为非农业户口。金泰公司没有为付庆明缴纳2006年6月、7月及2008年4月至2009年8月期间的养老保险，没有向付庆明支付2009年10月30日至2011年1月6日期间的病假工资差额600.79元。付庆明离职前12个月，金泰公司按照每月60元的标准为其缴纳个人所得税。

付庆明主张金泰公司每月向其支付545元基本工资，低于北京市最低工资标准。金泰公司主张545元为岗位津贴，另有1305元燃油补贴及运营收入。付庆明认可其工资组成，主张其每月实际运营收入为3700元，并提供出车运营明细、知情卡予以证明。其中，出车运营明细系付庆明自行记录，知情卡显示付庆明承包金收取数额为5175元，基本工资为545元，单车运营收入为3700元；金泰公司主张出车运营明细为付庆明自行记录不发表意见，对知情卡的真实性予以认可，同时，金泰公司提交运营记录对付庆明的运营收入予以证明。付庆明对运营记录不予认可。运营记录未显示有付庆明的签字确认。

【案件焦点】

出租车司机的工资标准如何确定。

【法院裁判要旨】

一审法院认为：第一、关于付庆明的工资标准。出租司机劳动报酬的组成应包括出租公司支付的基本工资及完成营运承包定额后的劳动报酬。付庆明未提供充分证据证明其每月取得的劳动报酬低于北京市最低工资标准，故法院根据付庆明离职前12个月金泰公司按照每月60元的标准为付庆明缴纳个人所得税的情况，确定付庆明每月工资标准为2850元，对付庆明要求金泰公司支付最低工资差额及经济补偿金的诉讼请求不予支持。第二，关于付庆明的加班情况。付庆明主张其在职期间存在超时加班情况，并提供证人证言予以证明。加班是指劳动者经用人单位安排延长工作时间的工作行为，付庆明作为出租车司机，其运营时间不具有固定性，具体

营运时间由其自行掌握，因此不存在用人单位安排加班的情形。付庆明要求金泰公司支付超时加班费及经济补偿金缺乏事实及法律依据，法院不予支持。第三，关于付庆明的病假工资。金泰公司未向付庆明支付 2009 年 10 月 30 日至 2011 年 1 月 6 日期间的病假工资差额 600.79 元，金泰公司应予支付。鉴于金泰公司未按时全额支付付庆明上述期间的病假工资，故其应向付庆明支付 25% 的经济补偿金 150.2 元（600.79 ×25%）。第四，关于未缴纳养老保险的赔偿金。金泰公司没有为付庆明缴纳 2006 年 6 月、7 月及 2008 年 4 月至 2009 年 8 月期间的养老保险，且付庆明的户籍性质于 2009 年 7 月 13 日由农业户口转为非农业户口，故金泰公司应向付庆明支付 2006 年 6 月、7 月及 2008 年 4 月至 2009 年 6 月期间未缴纳养老保险的赔偿金 1958.7 元。第五，关于终止劳动合同的补偿金及未提前三十日通知终止劳动合同的赔偿金。双方签订的劳动合同期限至 2011 年 5 月 30 日止，金泰公司主张 2011 年 3 月 27 日以书面形式通知付庆明办理合同续签手续，其提供的会议内容第四项虽显示为发放 5 月份劳动合同到期驾驶员续签劳动合同通知书，但不能直接证明付庆明已经从该公司取得书面通知，故法院根据营运承包合同通知书（回执）认定金泰公司于 2011 年 5 月 19 日以付庆明身体不能胜任出租车运营工作为由通知付庆明终止劳动关系，金泰公司应向付庆明支付终止合同的补偿金及未提前三十日通知终止劳动合同的补偿金，其中，经济补偿金的年限为 2008 年 1 月 1 日至 2011 年 5 月 30 日，金泰公司应向付庆明支付终止劳动合同的经济补偿金 9975 元（2850 ×3.5），未提前三十日通知终止劳动合同的赔偿金 1834.48 元（2850 ÷21.75 ×14）。

综上，依据《中华人民共和国劳动法》第七十二条、第七十三条，《中华人民共和国劳动合同法》第三十条第一款、第四十四条第（一）项、第四十六条第（五）项、第四十七条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：

一、北京金泰汇民出租汽车有限公司于判决生效后七日内向付庆明支付：1. 2006 年 6 月、7 月及 2008 年 4 月至 2009 年 6 月未缴纳养老保险的赔偿金 1958.7 元；2. 2009 年 10 月 30 至 2011 年 1 月 6 日的病假工资差额 600.79 元及经济补偿金 150.2 元；3. 未提前三十日通知终止劳动合同的赔偿金 1834.48 元；4. 终止劳动合同的经济补偿金 9975 元。

二、驳回付庆明的其他诉讼请求。

一审法院判决后，付庆明不服，提起上诉。

二审法院认为：出租车司机的工资由两部分组成，一是劳动合同约定的出租汽车公司应支付给出租车司机的工资，二是完成承包定额后的劳动报酬。付庆明未提供充分证据证明其每月取得的劳动报酬低于北京市最低工资标准，因此一审法院按照金泰公司为其缴纳的个人所得税额来计算月工资标准并无不妥。金泰公司并未提前解除与付庆明的劳动合同，而是劳动合同到期终止后与其不再续签，金泰公司未提前三十日通知付庆明劳动合同到期终止，原审法院按照每延迟一日支付一日工资赔偿金的标准计算赔偿金，本院予以确认。终止劳动合同需向劳动者支付经济补偿金的依据是《中华人民共和国劳动合同法》，一审法院从《中华人民共和国劳动合同法》施行时间也就是2008年1月1日起算终止劳动合同经济补偿金并无不当。付庆明作为出租车司机，其运营时间具有灵活性，何时运营由其自行掌握，因此原审法院不支持其加班费的诉讼请求并无不妥。综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

司法实践中对于出租车司机的工资标准如何确定有不同认识，第一种观点是按照双方合同的约定来确定其工资标准；第二种观点是按照出租车司机的实际收入减去其上缴的运营管理费来确定；第三种观点认为应该按照其缴纳的个人所得税来倒推得出其月工资标准。

出租车司机的收入组成比较特殊，由出租车公司发放的基本工资和运营收入组成。第一种观点和其他观点的区别在于没有将出租车的运营收入计入工资，笔者认为出租车司机能够运营并取得收入，是基于其与出租车公司存在劳动关系，那么其运营收入就应该认为是工资的一部分，并且在现实中，出租车公司与司机在合同中约定的工资较低，甚至很多是低于当地的最低工资水平的，如果严格按照合同约定处理案件会产生很多社会管理的问题，对出租车公司也是不公平的。另外，出租车司机收入包括两部分，在2003年10月27日的《北京市劳动和社会保障局关于我市出租汽车行业有关最低工资的通知》也有体现，该通知明确指出："从出租汽车行业管理的现状出发，出租车司机的工资由两部分组成：一是劳动合同约定的出租

汽车公司应支付给出租车司机的工资；二是营运任务承包合同约定的完成承包定额后的劳动报酬。”

第二种观点认为法官应该查明出租车司机的实际运营收入以确定其工资标准，这种观点有其合理性，但在实践中，出租车司机的运营收入与运营时间等因素有关，变数大，个体差异也大，出租车公司对此并没有直接的记录，而出租车司机在此问题的证明上存在很强的倾向性，因此法官的查明难度较大。

笔者较为认同第三种观点，因为出租车司机上缴的个人所得税相对固定，易于掌握并且容易计算。在北京，出租车司机的个人所得税有一些调整：（1）自1994年5月1日起执行的北京市税务局转发国家税务总局《关于印发〈征收个人所得税若干问题的规定的通知〉的通知》（京税五［1994］292号）按承包经营、承租经营所得核定1.6元/公里至2元/公里的出租车承包收入2500元，依3%的征收税率征收个人所得税75元。1999年7月1日开始执行的《北京市地方税务局关于调整个体出租汽车个人所得税征收办法的通知》确认了仍然按照这一标准执行。（2）自2007年1月1日起执行的《北京市地方税务局关于调整出租汽车驾驶员取得所得项目的通知》（京地税个［2006］451号）把所得项目由“对企事业单位的承包经营、承租经营的所得”项目调整为“工资、薪金所得”，核定个人所得税税额仍为每月75元。（3）2008年4月3日发布的《北京市地方税务局关于调整出租汽车驾驶员个人所得税的通知》（京地税个［2008］80号）规定，因为“个人所得税工资、薪金所得减除费用标准从每月1600元提高到每月2000元”，所以“出租车驾驶员自2008年3月1日起按每月单车应纳税额60元的标准缴纳工资、薪金所得项目个人所得税”。（4）《北京市地方税务局公告2011年第12号—关于调整出租汽车经营单位出租车驾驶员个人所得税定额的公告》规定：“自2011年9月1日起，出租汽车经营单位出租车驾驶员按单班每人每月15元、双班每人每月10元的标准缴纳个人所得税。”

北京市出租车司机缴纳个人所得税税额的变化是因为我国个人所得税中工资、薪金所得的起征点作出了相应的调整。根据相关规定，本案当事人主张期间的出租车司机应缴个人所得税额为每月60元，当时的个税起征点为2000元，所以相当于核定的工资、薪金所得为每月2850元。

当然这种计算方法也有局限性，出租车公司为司机缴纳的个人所得税并非完全

根据司机的个人收入缴纳，很多时候纳税额所依据的基数是低于应税收入的。但是在无法查明出租车司机具体收入的情况下，这样的计算方法较为合理，也易于被出租车公司和司机双方认可。

编写人：北京市第一中级人民法院　夏天宇

40

用人单位擅自变更劳动者工作岗位，未依法缴纳社会保险费，应否支付解除劳动关系经济补偿金

——新疆众联劳务派遣有限公司诉陈保玉等劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2013）乌民五终字第38号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：新疆众联劳务派遣有限公司

被告（被上诉人）：陈保玉

【基本案情】

2004年4月，第三人新疆烧碱厂劳动服务公司与被告建立劳动关系，并签订书面劳动合同，被告被派往第三人新疆中泰化学（集团）股份有限公司工作。2008年8月，第三人新疆烧碱厂劳动服务公司将被告的劳动关系移交给原告，由原告与被告签订了书面劳动合同，并自2011年4月起缴纳了被告的社保费用。因补缴社保费和支付加班费事宜，被告与原告及第三人产生纠纷，被告向新疆维吾尔自治区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，经裁决确认由第三人新疆烧碱厂劳动服务公司和原

告分别补缴被告工作期间的社保费用。裁决书送达后，第三人新疆烧碱厂劳动服务公司不服，诉至法院。沙依巴克区法院于2012年4月25日作出（2012）沙民一初字第457号民事判决书，判决原告及第三人新疆烧碱厂劳动服务公司分别缴纳被告工作期间的社保费用。后被告又以原告及第三人为申请人向新疆维吾尔自治区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求：1. 解除与被申请人之间的劳动关系；2. 被申请人支付经济补偿金32000元。2012年3月19日该仲裁委以新劳人仲字（2012）第245号仲裁裁决书裁决：

一、原告与被告解除劳动合同，并为被告办理解除劳动合同手续；

二、原告支付被告经济补偿金12170.9元；

三、驳回被告其他仲裁请求。该裁决书送达后，原告不服诉至法院。

另查明，2011年12月27日，第三人新疆中泰化学（集团）股份有限公司因工作需要，将被告由搬运工岗位调整至卫生清洁岗位，被告未同意并停止工作，2012年1月6日，第三人新疆中泰化学（集团）股份有限公司以被告不服从工作安排为由，书面通知原告将被告退回原告单位。被告离职前12个月平均工资为3477.4元。

【案件焦点】

用人单位未依法缴纳劳动者的社会保险，擅自变更劳动者工作岗位致使劳动者待遇降低，迫使劳动者提出终止劳动合同的，用人单位是否应当支付劳动者解除劳动关系经济补偿金。

【法院裁判要旨】

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院经审理认为：用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费，缴纳社会保险是用人单位的法定义务。本案中，陈保玉与众联公司虽然在自愿、协商一致的基础上，签订了劳动合同，但该合同中有关社会保险约定的内容违反了国家现行法律、行政法规的规定，从而导致双方合同中约定的部分条款无效，应当依法予以纠正。众联公司现以双方合同约定为由不支付陈保玉经济补偿金的理由不能成立。我国法律规定，变更劳动合同内容需经用人单位与劳动者双方协商一致。中泰公司、众联公司未与陈保玉协商一致，擅自变更陈保玉的工作岗位，导致陈保玉工资降低，致使陈保玉被迫离职，陈保玉不存在过错，众联公司以此为由不支付陈保玉经济补偿金的理由也不能

成立。原、被告对解除劳动关系无异议，予以确认。第三人新疆中泰化学股份有限公司、第三人新疆烧碱厂劳动服务公司在本案中无过错，不应承担责任。故判决：

一、原告新疆众联劳务派遣有限公司与被告陈保玉解除劳动合同，原告在本判决书生效后十五日内为被告办理解除劳动关系手续；

二、原告新疆众联劳务派遣有限公司支付被告陈保玉解除劳动关系经济补偿金12170.9元。

一审宣判后，原告新疆众联劳务派遣有限公司不服提起上诉。经审理，乌鲁木齐市中级人民法院认为原审判决认定事实清楚，适用法律、法规正确，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的突出问题是用人单位未依法缴纳劳动者的社会保险，且擅自变更劳动者工作岗位致使劳动者待遇降低，迫使劳动者提出终止劳动合同的，是否应当支付劳动者解除劳动关系经济补偿金。《劳动法》第七十二条对缴纳社会保险费作出了强制性规定。但长期以来我国处于劳动力相对供过于求的状态，造成了劳动者在劳动关系中始终处于弱势地位，近年来虽然有所改善，但长期以来形成的不良习惯导致劳动者的弱势地位尚未全面改变，在此情况下用人单位凭借其优势地位，为减轻其负担而不愿给劳动者缴纳社会保险费，或者劳动者本人对社会保险的功能认识不足也使其默认了用人单位不缴纳社保费的作法，从而导致侵害劳动者利益的事情屡见不鲜。为此我国专门出台了《社会保险法》，将用人单位、劳动者缴纳社会保险及对社会保险费的运营作出了专门法律规定，使之上升到法律层面。因此在本案中原、被告之间关于社会保险的约定内容违反了国家法律规定，从而导致该部分条款无效，用人单位的行为因违反法律规定而无效，应当为劳动者缴纳相应的社会保险费。同时，用人单位擅自变更劳动者工作岗位致使劳动者待遇降低，迫使劳动者提出终止劳动合同，未依法为劳动者缴纳社会保险费的用人单位应当支付劳动者解除劳动关系经济补偿金。此外《劳动合同法》规定了劳动者享有特别解除权，劳动者无需向用人单位预告就可以通知用人单位解除劳动合同，但此权利是在出现了法定事由，也仅仅限于用人单位有过错行为的情况下才允许劳动者行使，并有权取得经济补偿。

编写人：新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院　张东

41

用人单位因未签无固定期限劳动合同支付劳动者二倍工资是否应有期限限制

——陈毅龙诉北京华南大厦有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2011）一中民终字第18352号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（反诉被告、上诉人）：陈毅龙

被告（反诉原告、被上诉人）：北京华南大厦有限公司（以下简称华南大厦公司）

【基本案情】

1996年5月，陈毅龙到华南大厦公司工作，双方签订了劳动合同。2006年11月，双方签订一年期劳动合同，约定该合同于2006年11月15日生效，于2007年11月15日终止，陈毅龙担任办公室岗位工作，月工资为3750元。2007年11月12日，双方续订劳动合同，约定合同期限自2007年11月16日至2008年11月15日。

2008年10月14日，陈毅龙向华南大厦公司递交书面申请，称其在华南大厦公司已连续工作12年多，希望与华南大厦公司签订无固定期限劳动合同。华南大厦公司在陈毅龙提交的申请上注明“经公司研究决定，劳动合同到期后，不再与你续签订劳动合同”。

2008年11月10日，华南大厦公司向陈毅龙出具《解除劳动合同证明》，内容为：双方劳动合同期限于2008年11月15日终止。根据《中华人民共和国劳动合

同法》第四十条第二款的有关规定，本单位决定于2008年11月10日与您解除劳动合同。

2008年11月15日，华南大厦公司向陈毅龙发送通知，内容为：你与公司签订的劳动合同将于2008年11月15日到期，到期后公司不再与你续签，现提前通知您作好相关离职移交手续。根据国家劳动法相关规定，公司将会与您结清有关费用。

2009年3月23日，陈毅龙申诉至北京市劳动争议仲裁委员会，要求：1. 撤销华南大厦公司解除与陈毅龙劳动合同的决定；2. 双方订立无固定期限劳动合同；3. 华南大厦公司支付陈毅龙未依法订立无固定期限劳动合同二倍工资。仲裁裁决后，陈毅龙、华南大厦公司均不服裁决结果向法院提起诉讼。

另查明，根据陈毅龙的个人所得税完税证明，结合陈毅龙的各项社会保险、住房公积金扣缴情况进行计算，陈毅龙在2007年12月至2008年11月期间月平均工资收入为7888.55元。2008年陈毅龙尚有7天年休假未休，华南大厦公司未支付陈毅龙未休年休假工资。

【案件焦点】

用人单位因未签无固定期限劳动合同支付劳动者二倍工资，是否应有期限限制。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：陈毅龙在华南大厦公司工作已超过十年，在双方劳动合同期限届满前三十日，陈毅龙已向华南大厦公司提出签订无固定期限劳动合同的申请，华南大厦公司应与陈毅龙签订无固定期限劳动合同。华南大厦公司于2008年11月10日作出的《解除劳动合同证明》，缺乏法律及事实依据，陈毅龙要求撤销解除劳动合同证明及要求签订无固定期限劳动合同的主张，于法有据，予以支持；华南大厦公司要求确认解除劳动合同通知有效及不同意与陈毅龙签订无固定期限劳动合同，缺乏法律依据，不予支持。

陈毅龙与华南大厦公司在原签订劳动合同未履行完毕前发生劳动争议，华南大厦公司拒绝与陈毅龙签订无固定期限劳动合同，做法欠妥。但陈毅龙以此要求华南大厦公司支付未签订书面劳动合同两倍工资，缺乏依据。华南大厦公司应按法院核

定月工资数额支付陈毅龙2008年12月至签订无固定期限劳动合同止的工资。

陈毅龙于2008年度尚有7天年假未休，故陈毅龙要求华南大厦公司支付未休年假的工资及赔偿金合理数额部分的诉讼请求，予以支持。陈毅龙、华南大厦公司的其他主张内容，证据不足且缺乏依据，均不予支持。据此，判决如下：

一、撤销被告北京华南大厦有限公司于2008年11月10作出的与原告陈毅龙解除劳动合同的决定。

二、本判决生效后十日内，被告北京华南大厦有限公司与原告陈毅龙签订书面无固定期限劳动合同（合同期限自2008年11月16日起算）。

三、本判决生效后十日内，被告北京华南大厦有限公司支付原告陈毅龙2008年12月至2011年8月工资人民币252124.95元。

四、本判决生效后十日内，被告北京华南大厦有限公司支付原告陈毅龙未休年假工资及百分之五十的赔偿金3688.34元。

五、驳回原告陈毅龙的其他诉讼请求。

六、驳回被告北京华南大厦有限公司的反诉请求。

判决后，陈毅龙不服，提起上诉。

北京市第一中级人民法院认为：根据查明的事实，陈毅龙于1996年5月入职华南大厦公司，到2008年已在华南大厦公司连续工作满十二年。双方签订的最后一份劳动合同终止日期为2008年11月15日。华南大厦公司于2008年11月10日以陈毅龙不能胜任工作，经过调整工作岗位仍不能胜任工作为由解除与陈毅龙的劳动合同关系，但从华南大厦公司提供的证据来看，不足以证明华南大厦公司解除劳动合同依据充分，故原审法院判决撤销华南大厦公司的解除劳动合同决定并无不当，本院予以确认。

关于华南大厦公司是否应当支付陈毅龙未签无固定期限劳动合同二倍工资的问题。根据《中华人民共和国劳动合同法》的规定，劳动者在用人单位连续工作满十年的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。二倍工资中，一倍是劳动者的工资，另一倍是对用人单位违反法律规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的惩罚性赔偿。由于不订立书面无固定期限

劳动合同属于不订立书面劳动合同的一种，因此，支付二倍工资的期限最长不超过十一个月。

本案中，陈毅龙在华南大厦公司已连续工作十二年，符合签订无固定期限劳动合同的条件，陈毅龙于2008年10月14日向华南大厦公司递交书面申请，希望与华南大厦公司签订无固定期限劳动合同遭拒。华南大厦公司未依法与陈毅龙签订无固定期限劳动合同，故其应当自2008年11月16日起向陈毅龙每月支付二倍的工资，支付期限计算到2009年10月15日，在这之后，由华南大厦公司按照陈毅龙的月工资数额支付陈毅龙工资，支付期限计算到本案一审法庭辩论终结时。关于华南大厦公司上诉认为，由于双方对是否解除劳动合同有争议，故陈毅龙主张诉讼期间未签订无固定期限劳动合同的二倍工资没有法律依据一节，根据法院查明的事实，在陈毅龙向华南大厦公司提出签订无固定期限劳动合同的申请后，华南大厦公司明确拒绝与陈毅龙签订无固定期限劳动合同，后华南大厦公司又提出解除与陈毅龙的劳动合同关系，但华南大厦公司未提供充分证据证明其系合法解除劳动合同，由于华南大厦公司解除劳动合同不符合法律规定，故对于华南大厦公司不同意支付陈毅龙诉讼期间未签订无固定期限劳动合同二倍工资的答辩意见，本院不予采信。

关于陈毅龙的月平均工资数额问题。由于陈毅龙申请法院调查华南大厦公司支付员工现金购物卡、置装费等工资福利情况不属于人民法院调查收集证据范围，故对于陈毅龙主张其月平均工资数额为11581.34元的上诉理由，本院不予采信。根据陈毅龙的个人所得税完税证明，结合陈毅龙的各项社会保险、住房公积金扣缴情况进行计算，陈毅龙在2007年12月至2008年11月期间月平均工资收入为7888.55元，原审判决认定数额有误，本院依法予以纠正。

根据法院查明的事实，陈毅龙在2008年尚有7天年休假未休，华南大厦公司应支付陈毅龙未休年休假工资5077.69元。原审判决认定的陈毅龙未休年休假工资数额有误，本院相应予以调整。陈毅龙主张未休年休假工资50%的赔偿金，因未经劳动行政部门处理，本院对陈毅龙该部分主张不予支持。

综上，原审判决部分不当，本院予以相应改判。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项之规定，判决如下：

一、维持北京市西城区人民法院（2010）西民初字第10834号民事判决第一、二、五、六项。

二、撤销北京市西城区人民法院（2010）西民初字第10834号民事判决第三、四项。

三、本判决生效后十日内，北京华南大厦有限公司支付陈毅龙：2008年11月16日至2009年10月15日期间未签无固定期限劳动合同二倍工资173548.1元、2009年10月16日至2011年8月15日期间工资173548.1元，共计347096.2元；未休年假工资5077.69元。

【法官后语】

1. 二倍工资的种类

根据《劳动合同法》第八十二条规定，二倍工资分为两种类型。第一类是未依法签订书面劳动合同二倍工资，《劳动合同法》规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资；第二类是未依法签订无固定期限劳动合同二倍工资，《劳动合同法》规定，用人单位违反《劳动合同法》规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。上述二倍工资的两种类型是各自独立的，实践中应注意不能混淆。

2. 未签订书面劳动合同二倍工资的上限问题

根据《劳动合同法》第八十二条第一款规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。《劳动合同法》第十四条又规定，用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。根据上述规定可见，立法已将未签订书面劳动合同二倍工资的上限规定为11个月。

3. 未依法签订无固定期限劳动合同二倍工资的上限问题

《劳动合同法》第八十二条第二款规定，用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。那么，对于用人单位未依法与劳动者订立无固定期限劳动合同应当支付的二倍工资是否有期限限制？

有观点认为，没有期限限制。从《劳动合同法》第八十二条第二款规定来看，并未对二倍工资的期限进行限制。在符合签订无固定期限劳动合同条件时，依法与

劳动者签订无固定期限劳动合同是用人单位的法定义务，只要用人单位未依法与劳动者订立无固定期限劳动合同，用人单位就必须自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资，直到双方补订无固定期限劳动合同。

笔者认为，有必要对支付二倍工资的期限进行限制。理由如下：(1) 二倍工资中，一半是劳动者的工资，另一半是对用人单位违反法律规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的惩罚性赔偿。而对惩罚性赔偿都应当有一定的限制，否则会导致用人单位与劳动者之间的利益严重失衡。(2) 对用人单位未依法与劳动者订立无固定期限劳动合同应当支付的二倍工资不设定期限限制，容易引发道德风险，不利于解决纠纷。按照不设定期限限制的观点，在补签无固定期限劳动合同之前，用人单位都应当支付二倍工资。而在审判实践中，笔者发现，补签合同不是用人单位一方就能完成，需要双方协商，补签劳动合同本身就非常容易产生纠纷，还可能存在劳动者为取得二倍赔偿不配合补签劳动合同的情形。(3) 用人单位不订立无固定期限劳动合同与不订立书面劳动合同，在行为违法性本质上是一样的，因此对两者二倍工资的支付期限作同一理解适用，都限定最长期限为11个月，符合同类情形、类似处理的基本公平原则，这样规定，既能督促用人单位及时与劳动者签订无固定期限劳动合同，也能有效平衡用人单位与劳动者之间的利益。

编写人：北京市第一中级人民法院　何锐

42

门卫夜间值班可以休息的不算加班

——辛国庆诉潍坊恒兴化工有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省潍坊市中级人民法院（2012）潍民终字第2532号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：辛国庆

被告（上诉人）：潍坊恒兴化工有限公司（以下简称恒兴化工公司）

【基本案情】

辛国庆系恒兴化工公司的职工，月平均工资为1297.67元。辛国庆称，自2009年6月起，其每间隔一天就工作24小时，2011年9月起因病休假。恒兴化工公司称辛国庆每间隔一天在岗位上工作24小时属实，但白天系工作，晚上系值班性质，可以休息，并发放中、夜班补贴，只是晚上休息时需要随叫随开门，不需要巡逻。2011年9月，辛国庆向潍坊市劳动人事争议调解仲裁委员会申请仲裁，要求恒兴化工公司支付加班加点劳动报酬90000元。同年11月14日，潍坊市劳动人事争议调解仲裁委员会作出潍劳人仲字（2011）第160号裁决书，裁决恒兴化工公司支付辛国庆2009年6月至2011年8月的加班费6661.98元（按每周多工作一天计算）。

在仲裁程组中，恒兴化工公司提供了其传达室（门卫）管理制度，该制度第二条注明：开门时间为早上7点至12点，下午13：30至17点30，其余时间一律关门值班，可以休息，但有事必须随时开门。辛国庆对该管理制度无异议，但称该制度是三人工作时的制度。在一审中，辛国庆称上述制度没有向其公布过，在其工作期间没有实施过。

【案件焦点】

辛国庆夜间值班能否休息及是否应认定为加班。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理认为：原告辛国庆原系被告恒兴化工公司的职工，双方之间的劳动关系合法有效。双方的劳动争议发生在原告辛国庆在被告的传达室工作期间，双方对原告每在传达室在岗24小时，即休息24小时无异议。双方的主要争议是原告辛国庆在传达室值班期间，晚上能否休息。原告辛国庆认为晚上在传达室期间不能休息，但未提交相关证据证明。被告在传达室管理制度中明确规定开门时间，其余时间一律关门值班，可休息，但有事必须随时开门。因此，应认定原告晚上工作系值班性质。综合计算工时，每周未超过40小时，不存在超时加班现象。但被告

安排原告的工作方式，未能落实劳动法“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日”、“节日期间应当依法安排劳动者休假”的规定，根据原告辛国庆在被告单位工作岗位的性质，结合原告在该岗位工作的时间，认定原告辛国庆的加班费为13323.96元（按每周多工作2天计算）。依照《中华人民共和国劳动法》第三十八条、第四十四条第一款第（二）项、《国务院关于职工工作时间的规定》第三条之规定，判决如下：被告潍坊恒兴化工有限公司于本判决生效之日起十日内支付原告辛国庆加班费13323.96元。

宣判后，辛国庆不服，上诉称：其工作24小时，休息24小时，工作场所没有休息设施也无法休息，潍坊恒兴化工有限公司应按每工作两天即多加班一天的标准向上诉人辛国庆支付加班费。

上诉人潍坊恒兴化工有限公司仍持一审答辩意见。

二审法院认为，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条之规定：劳动者主张加班费的，应就加班事实的存在承担举证责任。上诉人辛国庆主张其夜间工作不能休息，属于加班，但未就该加班事实的存在提供相应证据。上诉人潍坊恒兴化工有限公司对上诉人辛国庆的主张不予认可，并提供了传达室管理制度予以反驳，其中明确写明夜间值班可以休息，上诉人辛国庆称未见过该管理制度，但该质证意见与其在仲裁时的质证意见明显不符，对该质证意见不予采信。依据现有证据不足以认定上诉人辛国庆夜间值班无法休息，对上诉人辛国庆的上诉请求，不予支持。上诉人辛国庆在夜间虽可休息，但仍负担有事开门的工作职责。基于公平原则上诉人潍坊恒兴化工有限公司需按照上诉人辛国庆提供的有效劳动支付相应值班待遇。综合上诉人辛国庆工作的性质、地点、内容，可酌情将其八小时之外的工作时间按照2：1的比例折算为白天的有效工作时间，故上诉人辛国庆平均每周有效工作56小时，超出法定标准16小时，原审判决认定上诉人潍坊恒兴化工有限公司每周需向上诉人辛国庆多付2天的工资并无不当。综上，原审判决的实体处理结果并无不当，应予维持。

【法官后语】

本案的争议焦点系门卫夜间值班能否获得加班费，涉及门卫夜间值班的性质认定及值班待遇的计算问题。

关于门卫夜间值班的性质认定。值班通常是指用人单位为防火、防盗或处理突发事件等原因，安排本单位人员在夜间、休息日、法定节假日等非工作时间内从事看门、接电话等非生产经营性工作。单位安排劳动者从事与其本职工作有关的值班任务，但值班期间可以休息的，劳动者不能要求单位支付加班待遇。因为此种情况下，用人单位已基本停止了生产经营活动，安全防范的压力已经很小，单位一般只会要求门卫有事时开门，不需要时刻保持警惕，劳动者已进入“工作但不影响休息”的时间段。从理论上讲，劳动者所提供的是一种或然性劳动，即可能提供劳动也可能不提供劳动；而白天的工作时间不兼有休息的属性，系劳动者必然要付出劳动，故不应将可以休息。夜间值班视为白天工作的延续，也就不能计算加班费。反之，如果门卫夜间值班不能休息，此时夜间的值班时间也具备了用途的唯一性（只受用人单位支配），应当计算加班费。

关于夜间值班待遇的计算。门卫的夜间值班时间虽不完全受用人单位支配，但毕竟负担一定的工作职能，应当由用人单位进行适当的额外补偿，双方可以在劳动合同中对此进行约定，没有约定的，法院可综合门卫夜间值班所负的工作职能及强度，将其折算成白天的有效工作时间。

具体到本案，用人单位提供的门卫管理制度中明确载明了夜间值班可以休息，劳动者虽主张夜间无法休息，但未提供夜间出入人员登记簿或值班室照片等证据，故依据现有证据不足以认定劳动者加班的事实，对此应由劳动者承担举证不能的责任。按照值班制度劳动者夜间值班可以休息，可见夜间工作强度比白天要小，在双方未约定值班待遇情况下，法院酌情将八小时之外的值班时间按2：1的比例折算成白天的有效工作时间，即综合计算劳动者每周的平均有效工作时间为56小时，超出法定的每周40小时，用人单位需每周向劳动者多支付相当于两天工资的值班待遇，如此既体现了劳动者的劳动价值又未过分增加用人单位的用人成本。

编写人：山东省潍坊市中级人民法院　宫磊

43

如何合理界定无故拖欠工资

——刘延伟诉淄博金升印刷有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2012）淄民三终字第472号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：刘延伟

被告（被上诉人）：淄博金升印刷有限公司（以下简称金升印刷）

【基本案情】

刘延伟系金升印刷的员工，双方于2007年6月27日订立无固定期限劳动合同。2007年至2010年，金升印刷被淄博市张店区人力资源和社会保障局认定为张店区困难企业。金升印刷先后拖欠刘延伟2005年2月，2007年11月、12月，2008年1月、2月，2009年2月、3月、11月、12月的工资及部分社会保险费。2011年8月，金升印刷将上述拖欠的社会保险费全部补缴完毕。2011年9月16日，金升印刷补发了上述拖欠工资。同月23日，刘延伟提起仲裁，请求与金升印刷解除劳动合同，并要求金升印刷支付经济补偿金。淄博市张店区劳动人事争议仲裁委员会裁决驳回其仲裁请求。刘延伟不服裁决提起诉讼，要求判令解除原、被告的劳动合同；判令被告支付解除劳动合同经济补偿金37000元。金升印刷辩称：同意解除劳动合同，但原告要求支付解除劳动合同经济补偿金无法律依据。

【案件焦点】

1. 被告是否构成无故拖欠工资；2. 是否应当支付原告经济补偿金。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市高新技术产业开发区人民法院经审理认为：本案中，双方均同意解除劳动合同，依法予以确认。刘延伟于2011年9月23日向淄博市张店区劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁时，公司拖欠工资及欠缴劳动保险费的情形已不存在，刘延伟也没有证据证明公司存在其他应当解除劳动合同、支付经济补偿金的情形。因此，其要求支付解除劳动合同经济补偿金的诉讼请求，没有法律依据，不予支持。依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，判决如下：驳回原告刘延伟的诉讼请求。

刘延伟持原审起诉意见提起上诉。山东省淄博市中级人民法院认为：根据《劳动合同法》的相关规定，用人单位未及时足额支付劳动报酬或缴纳社会保险费的，劳动者可以提出解除劳动合同，并由单位支付经济补偿金，这是为了保护劳动者及时足额地取得劳动报酬。但从立法本意看，用人单位未及时支付工资应限定为“无故”拖欠劳动者报酬，即主观上存在恶意拖欠工资的情形。本案中，金升印刷欠发刘延伟的工资系因企业经营困难造成的，而非故意拖欠，且金升印刷已在仲裁前补发了所欠员工的工资并补缴了社会保险费。因此，刘延伟以此要求用人单位支付经济补偿金，与立法目的相背，依法不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十二条、第一百五十三条第一款第（一）项、第一百五十八条之规定，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中原告刘延伟主张被告金升印刷未及时支付工资，故而要求解除劳动合同并支付经济补偿金，然而本案一、二审对其主张均未支持，并且认定金升印刷未及时支付工资的行为不属于无故拖欠。因此，用人单位是否无故拖欠工资就成为本案的争议焦点，而对无故拖欠工资的界定无疑则是解决本案争议焦点的关键。

关于欠付工资的法律责任，我国《劳动法》、《劳动合同法》等法律均有较为明确的规定。用人单位如果无故拖欠劳动者工资，除应全额支付工资外，还应支付经济补偿金，逾期不付的还应加付赔偿金，并且劳动者还有权因此解除劳动合同并要求用人单位支付解除劳动合同的经济补偿金。不过我国法律对于何为无故拖欠工

资并未进行明确规定，目前对于无故拖欠工资通常都是按照原国家劳动部《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》（劳部发［1995］226号）的规定来进行解释。根据该规定第四条，“无故拖欠”是指除非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因以及用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响暂时无法按时支付工资的情形外，用人单位超过规定的付薪日期未支付劳动者工资的行为。从这一规定的解释来看，无故拖欠工资应当理解为用人单位在能够按时支付工资的情况下主观上恶意拖欠工资的行为，如遇不可抗力或生产经营困难等客观上不能归责于用人单位的情形造成用人单位未能按时支付工资，则不能认为用人单位是无故拖欠工资。而这亦是法律规定无故拖欠工资的立法本意所在。具体到本案中，金升印刷已经被淄博市张店区人力资源和社会保障局认定为张店区的困难企业，虽存在未及时支付劳动者工资的情形，但确系因经营困难所致而非恶意拖欠，且金升印刷已在仲裁前补发了所欠职工的工资并补缴了社会保险费，因此金升印刷欠付工资的行为不属于“无故拖欠”的范畴。刘延伟据此提出解除劳动合同并要求金升印刷支付解除合同的经济补偿金显然不符合法律规定，依法不应予以支持。

编写人：山东省淄博市中级人民法院　荣明潇　胡晓梅

44

竞业限制经济补偿金的认定标准

——北京美天便利超市有限公司诉张欣娜劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第5944号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：北京美天便利超市有限公司

被告（被上诉人）：张欣娜

【基本案情】

张欣娜于2010年9月25日到美天便利超市工作，双方于次日签订《劳动合同书》，期限为2010年9月25日至2013年9月24日，试用期为一个月，其工作岗位为采购部续订主管，工资标准为试用期每月2400元（含税），转正期为每月3000元（含税）。同日，双方还签订了《保护商业秘密合同书》、《竞业禁止合同书》。其中《竞业禁止合同书》规定，劳动者与用人单位在双方劳动关系解除或终止后24个月内，在全国地域内，不得组建、参与组建与用人单位同类且有竞争关系或其他利害关系的生产或经营的企业/公司，或者受雇于从事与用人单位同类有竞争关系或其他利害关系的第三方，无论该工作是兼职还是专职的，是有偿还是无偿的。上述24个月内，用人单位同意按月给予劳动者经济补偿，劳动者应及时向用人单位报备最新的工作单位情况，且经用人单位调查核实，如果劳动者严格履行了本合同约定的竞业禁止义务，用人单位按照国家有关法律规定向劳动者按月支付劳动者离职时的当月工资的百分之二十的经济补偿金。

2011年3月9日，张欣娜以美天便利超市不给其缴纳社会保险为由，口头向美天便利超市提出解除劳动合同，并要求支付解除劳动合同赔偿金。此后，张欣娜向北京市石景山区劳动争议仲裁委员会提起仲裁，申请要求美天便利超市支付：解除劳动合同赔偿金1500元；自2011年3月10日起共24个月的竞业禁止补偿金14400元。2011年10月26日，北京市石景山区劳动争议仲裁委员裁决：美天便利超市支付张欣娜自2011年3月10日至2011年10月9日的竞业禁止补偿金4200元。美天便利超市不服，向法院提起诉讼。

另查，张欣娜主张自2011年3月10日离职后，自己履行了竞业禁止合同书的约定，在仲裁及诉讼中，均说明了自己离职后的就业情况，并未从事违反竞业禁止规定的职业。美天便利超市否认张欣娜向自己汇报过从业情况。

【案件焦点】

劳动者未书面报备竞业限制情况，用人单位也未及时审查的情形下，如何认定竞业限制经济补偿金的标准。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同。美天便利超市在张欣娜工作期间未按月为张欣娜缴纳社会保险，张欣娜因美天便利超市未给其缴纳社会保险，提出解除劳动合同，符合法律规定，本院不持异议，区仲裁委确定美天便利超市支付张欣娜解除劳动合同经济补偿金，合法有据，本院予以确认，对美天便利超市不予支付解除劳动合同经济补偿金的请求，本院不予支持。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。

张欣娜与美天便利超市解除劳动合同后，履行了《竞业禁止合同书》的约定，美天便利超市虽不认可张欣娜已向其报备最新的工作单位情况，但《竞业禁止合同书》未明确必须通过书面形式报备，且张欣娜在劳动仲裁及诉讼期间以口头形式告知了美天便利超市其履行竞业禁止的情况，美天便利超市应及时审查，按月支付竞业禁止补偿，美天便利超市未予审查，且未支付竞业禁止补偿，其责任在美天便利超市，故对仲裁委确认自2011年3月10日起，美天便利超市按月支付张欣娜竞业禁止补偿金的仲裁裁决，亦予确认。

北京市石景山区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条、第二十四条，判决：美天便利超市自判决书生效之日起十五日内，支付张欣娜自2011年3月10日至2011年10月9日的竞业禁止补偿金4200元。

美天便利超市持原审意见上诉。北京市第一中级人民法院经审理，与一审法院判案理由一致，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及劳动者未书面报备履行竞业限制情况，用人单位也未及时审查的情形下，如何认定竞业限制经济补偿金标准的问题。

1. 竞业限制期间应当如何履行双方义务

美天便利超市认为根据竞业限制约定，竞业限制期间劳动者应当向其书面报备履行竞业限制的情况，并经审核通过后，才能给付相应补偿。笔者认为，这不符合

相关立法精神，相关立法意图在于，在用人单位与劳动者做出竞业限制约定之后，劳动者将在限制期限内一直受到约束，除非用人单位明确通知不必履行，或者达到竞业限制的最长两年期限，劳动者可以不再履行，并获得相应的合理的补偿。在此期间，用人单位应当主动审核劳动者的竞业限制履行情况，而不能怠于审核，更不能强行要求劳动者书面报备，并以此为借口拒绝给付竞业限制补偿。虽然对于已经与劳动者解除劳动关系的用人单位来说，主动审查也存在一定的难度，但从平衡用人单位和劳动者的利益来说，将主动审核的义务及法律后果交由用人单位承担较为公平合理。

2. 竞业限制的起止时间如何界定

在实践中，劳动者与用人单位约定竞业限制具体期限后，在履行期限内用人单位往往又口头告知劳动者不必履行竞业限制，用人单位能否单方变更竞业限制期限?

依据《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第三十七条的规定，用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，用人单位如在此后认为劳动者不必履行竞业限制约定的，应当明确告知劳动者。可见，用人单位若放弃对劳动者竞业限制的要求，应当及时告知。何为“明确”、“及时”? 笔者认为，应当提前一个月通知劳动者，最好以书面形式进行通知，并给付竞业限制期间的补偿，否则将一直计算竞业限制期限，直至最长两年期限。本案中，仲裁委及一、二审法院均以劳动者离职之日至仲裁过程中用人单位明确表示不必履行竞业限制之日计算竞业限制补偿。

3. 竞业限制经济补偿金的计算基数、标准

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第三十八条规定：可按照双方劳动关系终止前最后一个年度劳动者工资的20% -60%确定补偿费数额。本案中，我们结合双方的约定以及劳动者的工作性质、内容、行业特点等，按照最后一个年度劳动者月工资的20%确定了每月补偿费数额。

编写人：北京市石景山区人民法院　曲东民　杨小花

45

自动离职的认定及劳动者自动离职后是否有权获得经济补偿金

——王志文诉天津市塘沽鸿起顺饭庄有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

天津市滨海新区人民法院（2012）滨塘民初字第5251号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：王志文

被告：天津市塘沽鸿起顺饭庄有限公司（以下简称鸿起顺公司）

【基本案情】

2010年10月20日王志文到鸿起顺公司从事保洁工作，双方未签订书面劳动合同。双方认可原告2011年11月的工资为1760元。原告自2011年11月1日至4日、7日正常出勤，被告未支付原告该时段工资。2011年11月8日原告在没有履行相关手续的情况下，擅自离职。后原告到天津市滨海新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求被告支付2011年11月1日至4日、7日工资390.8元、2011年11月5、6日加班工资312.64元、2010年10月29日至2011年10月19日工作满一年补偿金1618.83元、2011年10月20日至11月7日工作不满6个月补偿金809.41元。2012年6月12日，天津市滨海新区劳动人事争议仲裁委员会作出津滨劳仲案字（2012）第10139号仲裁裁决书，裁决被告支付原告工资390.8元，驳回原告其他仲裁请求。后王志文向法院提起诉讼。

【案件焦点】

王志文的离职行为是否构成自动离职以及是否有权获得经济补偿金。

【法院裁判要旨】

天津市滨海新区人民法院认为：《中华人民共和国劳动法》第五十条规定："工资应以货币形式按月支付给劳动者本人，不得克扣或无故拖欠劳动者工资。"原告主张2011年11月1日至4日、7日工资，被告同意给付，对此本院照准；主张2011年11月5、6两日休息日加班，被告应给付加班工资312.64元，被告不予认可，原告未对加班事实提供证据证实，对此本院不予支持；主张因被告未给原告缴纳保险，原告于2011年11月8日与被告口头解除劳动合同，被告依法应给付经济补偿金4856.49元，被告不予认可，由于原告系自动离职，且未提供证据证实与被告解除劳动关系，对此本院不予支持。

据此，天津市滨海新区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第五十条、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，判决如下：

一、被告天津市塘沽鸿起顺饭庄有限公司自本判决生效之日起十日内支付原告王志文2011年11月1日至4日、2011年11月7日工资390.8元；

二、驳回原告其他诉讼请求。

【法官后语】

本案中，对用人单位是否应给付经济补偿金争议较大，主要就是对于自动离职的认定问题，这是解决问题的核心与关键。只有明确自动离职的认定标准，才能对原告王志文的行为定性并对其是否有权获得经济补偿金作出判断。

劳动法上的离职是指劳动者离开用人单位并与用人单位结束劳动关系的结果，包括因开除、除名、辞退、辞职等原因导致的双方劳动关系的终结。不过根据《劳动合同法》的规定与精神，原"开除、除名"等说法已被现在的"劳动合同的解除"所取代。根据《关于自动离职与旷工除名如何界定的复函》（劳办发［1994］48号）、《关于企业处理擅自离职职工问题的复函》（劳办发［1993］68号）规定的内容："自动离职指职工终止劳动关系时不履行解除手续，擅自出走离岗，或者解除手续没有办理完毕而离开单位。"简言之，即劳动者擅自离职的行为。而擅自离职，是指职工违反用人单位劳动纪律规定或违反双方劳动合同约定，在未经单位批准或未履行相关手续的情况下，擅自离开所在单位的行为。由此可见，自动离职在性质上属于解除劳动合同或者劳动关系的范畴，且自动离职并非用人单位意志而

是劳动者主动离职，属于一种违法离职。在合同法理论上有一种责任叫做缔约过失责任，而自动离职在其责任性质上而言，就是一种解约过失责任。

《劳动合同法》关于劳动合同解除这一问题，规定了相应的程序，在一定条件下双方必须依照这些程序性规定解除劳动合同，这既是维护市场经济秩序的必然要求，也是保护劳动者和用人单位双方权利的保障性举措。对于劳动者解除劳动合同而言，一般要提前一定的时间且以书面方式通知用人单位，并且要按照用人单位的要求办理工作交接手续，如果没有按照规定将工作交接完成，给用人单位造成损失要承担赔偿责任。只有在一些特殊情况下，如发生用人单位严重侵害劳动者权益的情形劳动者方可立即解除劳动合同。除此以外的劳动合同解除必须遵守法律的程序性规定。在自动离职中，劳动者没有履行劳动法律法规规定的相关义务，且存在某种过错，理应承担由此造成的相关不利后果。根据劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》规定，职工自动离职属于违法解除劳动合同，应当按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》承担赔偿责任。而在实践中，往往存在较多劳动者比较随意解除劳动合同的情况，如随便口头通知一声就不再上班，这种行为一则会给用人单位的日常工作带来不便，甚至可能造成营业损失；二则当发生劳动争议的时候劳动者经常会举证不能，最终也无法保护自己的合法利益。本案中，原告王志文的离职行为实际就是自动离职，应当承担相应的责任。按照法律的逻辑，由于其自身存在过错行为故应当承担由此带来的不利后果，自然更无权要求获得额外的补偿。如果一个人因为自己的过失反而获得利益，显然与法律的精神与公平正义相违背。

我国《劳动合同法》第四十六条规定了一系列用人单位支付经济补偿金的情形，其中并没有关于劳动者自动离职后有权获得经济补偿金的规定。结合对自动离职的认定与分析，我国《劳动合同法》关于支付经济补偿金的规定以及法律设立经济补偿金制度的立法精神，自动离职的劳动者也无权获得经济补偿金。

本案中原告王志文在解除与被告鸿起顺公司劳动合同的过程中，没有尽到自己的法定义务和相应的注意义务，以致在发生争议时无法提出对自己有利的证据，无法证实自己的主张，使得自己的行为被认定为自动离职，丧失了本该属于自己的合法利益，尽管用人单位有在先的拖欠工资的违法行为，王志文最终也无法获得法定的经济补偿金。

编写人：天津市滨海新区人民法院　张玉冰

46

用人单位在劳动合同解除后得知女职工怀孕，应否向女职工赔偿“三期”工资

——莫亚清诉东莞善募康科技有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

广东省东莞市中级人民法院（2012）东中法民五终字第949号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：莫亚清

被告（被上诉人）：东莞善募康科技有限公司（以下简称“善募康公司”）

【基本案情】

莫亚清于2010年10月27日入职善募康公司，任人事总务一职。当日，双方签订了书面劳动合同，约定初始工资为920元/月。善募康公司已为莫亚清办理社会保险。莫亚清离职前的月平均工资为2544.78元。善募康公司支付莫亚清工资到2011年6月份。2011年8月4日，善募康公司向莫亚清发出解除劳动合同书，以莫亚清2011年7月11日至25日请假，7月26日至8月1日未按时回厂上班为由，依公司《管理规章制度》第六章第三条规定，对莫亚清作出解除劳动合同的处理决定。莫亚清主张其从8月3日上班至8月6日，双方均未提交8月份考勤记录。从双方确认的请假单查明，莫亚清2011年7月11日至25日期间请假，请假事由为回校考试。双方确认的《加班、特勤、夜班上班申请表》显示，莫亚清在2011年7月19日至31日期间均为请假。莫亚清提交的宾阳县武陵镇卫生院2011年7月22日出具的B超单显示，莫亚清早孕。2011年8月8日的东莞市谢岗镇医院黑白超声

检查报告单显示莫亚清宫内早孕6+周，存活。

2011年8月29日，莫亚清向东莞市劳动人事争议仲裁院谢岗仲裁庭申请劳动仲裁，主张善募康公司在其孕期违法解除与其劳动关系，应向其支付孕期、产期、哺乳期工资，赔偿金，加班费等待遇。仲裁期间，善募康公司明确此前并未得知莫亚清有孕，若莫亚清能提供证据证实其已怀孕，善募康公司愿意撤销《解除劳动合同书》，允许莫亚清继续上班，但莫亚清拒绝回公司上班。2011年10月21日，仲裁庭作出东劳人仲谢庭案字［2011］31号仲裁裁决书，裁决如下：

一、维持莫亚清与善募康公司的劳动关系；

二、由善募康公司在裁决书生效之日起三天内通知并支付莫亚清：2011年7月份工资1263.04元；2011年8月4日至2011年10月21日期间的工资6701.26元；

三、驳回莫亚清在申诉中提出的其他申诉请求。莫亚清不服该仲裁裁决，诉至法院。

【案件焦点】

1. 员工有孕，公司应承担何种举证责任；2. 公司在未得知员工怀孕的情况下解雇员工，是否应当支付“三期”工资。

【法院裁判要旨】

一审法院认为，本案争议焦点为善募康公司是否需支付莫亚清：1. 加班费差额；2. 解除劳动关系的经济补偿金、赔偿金、代通知金；3. 2011年7、8月工资及经济补偿金；4. 孕期、产期、哺乳期的工资。

关于焦点一。根据《广东省工资支付条例》第四条、第二十条规定，劳动者在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内提供正常劳动的，用人单位确定其工资标准不得低于当地最低工资标准。用人单位安排劳动者加班或延长工作时间，应当按照下列标准支付劳动者加班或延长工作时间的工资报酬：（一）工作日安排劳动者延长工作时间的，支付不低于劳动者本人日或小时正常工作时间工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于劳动者本人日或者小时正常工作时间工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于劳动者本人日或者小时正常工作时间工资的百分之三百的工资报酬。本案中，双方约定初始工资为920元/月，为同期东莞市企

业职工最低工资标准，后于2011年3月1日起调整为1100元/月。因双方并未约定加班费的计算基数，善募康公司是否足额支付莫亚清的劳动报酬，关键在于善募康公司支付给莫亚清的工资是否违反同期东莞市企业职工最低工资标准。经计算：莫亚清2010年11月至2011年2月期间的上班总时间为1026.5小时（其中工作日和休息日的工作时间分别按其实际工作时间的150%和200%，下同），2011年3月至2011年6月期间的上班总时间为1301.25小时。善募康公司应支付莫亚清2010年11月至2011年6月的工资总额为13654.09元；而善募康公司实际支付以上月份的工资总额为20358.22元，远远高于同期东莞市企业职工最低工资标准。因此，对莫亚清要求善募康公司支付加班费的诉讼请求，因依据不足，原审法院依法不予支持。

关于焦点二。莫亚清2011年7月11至25日期间请假，善募康公司予以核准。因善募康公司确认的莫亚清提交的《加班、特勤、夜班上班申请表》显示，莫亚清在2011年7月19日至31日期间均为请假，故善募康公司以莫亚清在此期间未上班为由作出解除劳动合同的处理决定缺乏事实依据，属于违法解除劳动合同。莫亚清提交了宾阳县武陵镇卫生院2011年7月22日出具的B超单和同年8月8日东莞市谢岗镇医院黑白超声检查报告单证实莫亚清早孕。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定，女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。因此，善募康公司应撤销对莫亚清解除劳动合同的处理决定。因庭审中莫亚清不要求继续履行双方的劳动合同，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条的规定，善募康公司应当按经济补偿标准的二倍向莫亚清支付赔偿金。莫亚清2010年10月入职，2011年8月离职，月平均工资为2544.78元，因此，善募康公司向莫亚清支付违法解除劳动关系的赔偿金为5089.56元（2544.78元/月×1个月×2倍）。因善募康公司已承担了支付赔偿金的责任，莫亚清再要求善募康公司支付超出5089.56元的经济补偿金、赔偿金和代通知金没有法律依据，故对莫亚清要求善募康公司支付解除劳动关系的赔偿金5089.56元的诉讼请求予以支持，对超出上述数额部分的经济补偿金、赔偿金和代通知金的诉讼请求不予支持。

关于焦点三。从善募康公司提交的莫亚清2011年7月的考勤记录查明，莫亚清周一至周五上班56小时，平时加班26小时，休息日加班31小时；实发工资为

1263.04元，该工资计算方法与莫亚清2011年3月至6月工资表上计算方法相同。虽莫亚清对此考勤记录及工资表不予确认，但未提交其他相关考勤记录证明，因此，法院采纳善募康公司提交的考勤记录及工资表。因善募康公司未支付莫亚清2011年7月份工资，故对莫亚清要求善募康公司支付2011年7月工资1263.04元的请求予以支持，对超出上述数额的部分则不予支持。善募康公司主张莫亚清2011年8月没有上班。莫亚清主张自2011年8月3日工作至6日。因善募康公司作出解除劳动合同通知为2011年8月4日，双方均未提交莫亚清2011年8月份考勤记录及其他证据，考虑到作为用人单位的善募康公司对考勤记录应负较大的举证责任，故法院采信莫亚清主张的2011年8月3日和4日莫亚清仍在上班，在善募康公司2011年8月4日解雇莫亚清后莫亚清继续上班在现实中已不可能，因此，善募康公司应支付莫亚清2011年8月3日至4日期间的工资169.65元，故对莫亚清要求善募康公司支付超出169.65元的8月工资的诉讼请求不予支持。因双方存在劳动争议，并非善募康公司故意不支付莫亚清工资，故对莫亚清要求善募康公司支付2011年7、8月工资的经济补偿金的诉讼请求不予支持。

关于焦点四。善募康公司属违法解除与莫亚清的劳动关系，因莫亚清不愿意继续维持该劳动关系，故善募康公司依法应支付莫亚清赔偿金。因此，莫亚清在善募康公司承担了支付赔偿金的责任后要求善募康公司支付莫亚清在解除劳动关系后孕期、产期、哺乳期的工资没有法律依据，对莫亚清该项请求依法不予支持。因仲裁裁决由善募康公司支付莫亚清2011年8月4日至2011年10月21日期间的工资共6701.26元，善募康公司未对此提起诉讼，视为善募康公司服从该仲裁裁决结果，故善募康公司应支付莫亚清在解除劳动关系后孕期、产期、哺乳期的工资共6701.26元。因在上述焦点三中已计算了2011年8月4日的工资84.83元（169.65元÷2），在此不重复计算，因此善募康公司应支付莫亚清孕期、产期、哺乳期的工资共6616.43元。

综上所述，判决如下：

一、确认莫亚清与东莞善募康科技有限公司之间的劳动关系已解除；

二、东莞善募康科技有限公司应于判决生效之日起五日内支付莫亚清2011年7月工资1263.04元，8月工资169.65元；

三、东莞善募康科技有限公司应于判决生效之日起五日内支付莫亚清孕期、产

期、哺乳期工资共6616.43元；

四、东莞善募康科技有限公司应于判决生效之日起五日内支付莫亚清违法解除劳动关系的赔偿金5089.56元；以上二至四项共计为13138.68元；

五、驳回莫亚清的其他诉讼请求。

一审宣判后，莫亚清不服，提起上诉。

二审法院认为，本案二审争议焦点为：1. 善募康公司是否应向莫亚清支付孕期、产期、哺乳期的工资；2. 善募康公司应向莫亚清支付的2011年7月、8月的工资数额是多少，善募康公司是否应向莫亚清支付加班费差额。

针对焦点一，善募康公司辞退莫亚清的理由是其请假期满后多日未回公司上班，其辞退理由缺乏事实依据，一审判决认定属于违法解除劳动合同并无不妥。但在善募康公司作出辞退决定时，并无证据显示善募康公司明知莫亚清怀孕而将其辞退，同时，在仲裁期间，善募康公司亦明确若莫亚清能提供证据证实其已怀孕，善募康公司愿意撤销《解除劳动合同书》，允许莫亚清继续在公司上班。由此可见，善募康公司的辞退行为虽然违反劳动合同法的相关规定，但在女职工的特殊权益保护方面并无过失，莫亚清要求善募康公司支付孕期、产期、哺乳期的工资缺乏事实与法律依据，本院不予支持。但仲裁裁决善募康公司向莫亚清支付孕期、产期、哺乳期工资后，善募康公司并未对此提出异议，应视为其服从仲裁裁决的结果，故原审法院认定善募康公司应向莫亚清支付孕期、产期、哺乳期工资6616.43元正确，本院予以维持。

针对焦点二，莫亚清主张其2011年7月、8月的工资应按月平均工资计算，分别为2544.78元和508.95元。关于莫亚清2011年7月的工资，虽然莫亚清不予确认善募康公司提供的2011年7月考勤记录和工资表，但结合莫亚清确认2011年7月份存在请假的事实，且该工资的计算方法与莫亚清2011年3月至6月工资表的计算方法相同，原审判决采纳善募康公司的考勤记录及工资表并无不妥，本院予以维持。关于莫亚清2011年8月的工资，其在二审期间主张2011年8月1日至6日的工资，与一审陈述其休假至2011年8月2日相矛盾，对其主张，本院不予支持。此外，关于善募康公司是否应向莫亚清支付加班费差额的问题，原审对此处理正确，本院予以维持。

此外，原审法院认定善募康公司应向莫亚清支付违法解除劳动合同的赔偿金

5089.56元并无不当，本院予以维持。莫亚清请求超出以上数额的经济补偿金及赔偿金没有事实和法律依据，本院不予支持。关于代通知金，由于本案不属于《劳动合同法》第四十条规定的用人单位应向劳动者支付代通知金的三种情形之一，故对于莫亚清该项请求，本院亦不予支持。

综上所述，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《劳动合同法》第四十二条规定，“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同……（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的……”由此可见，对于处于“三期”的女职工，《劳动合同法》严格限制了用人单位解除劳动合同的权利。

现实生活当中，女职工非法生育二胎、未婚先孕、孕早期不便向用人单位透露孕情等情况均有存在，女职工未向用人单位透露其处于“三期”期间，用人单位因其他事由与女职工解除劳动合同关系，用人单位是否仍应向女职工支付“三期”期间的工资。

笔者认为，女职工在劳动合同关系存续期间处于“三期”的，分三种情形处理：(1) 女职工在劳动关系存续期间已得知自己怀孕，若此时用人单位作出解雇决定，女职工应当告知用人单位，用人单位对此具有知情权，此后才产生相应的权利限制。在女职工未能举证证明其已经履行告知义务的情况下，用人单位解除劳动合同的权利不因女职工是否处于“三期”而受到限制，因此无须支付女职工“三期”工资。(2) 女职工本人在用人单位与其解除劳动关系后才得知劳动关系存续期间自己已孕，此时是继续履行劳动合同还是要求用人单位支付赔偿金，决定权在劳动者手中。(3) 女职工在劳动关系存续期间已得知自己怀孕并告知用人单位，此时用人单位作出解雇决定，则违反了《劳动合同法》第四十二条的规定，除应支付赔偿金，还应支付“三期”工资。

编写人：广东省东莞市中级人民法院　朱海晖

五、举证责任分配

47

劳动争议案件中举证责任的分配原则

——高松诉北京瀚金佰九号国际温泉酒店劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市朝阳区人民法院（2012）朝民初字第26250号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：高松

被告：北京瀚金佰九号国际温泉酒店（以下简称瀚金佰酒店）

【基本案情】

高松于2009年9月28日入职瀚金佰酒店，从事男宾助浴工作，双方签订期限为2009年9月28日至2011年9月28日的《劳动合同书》，工作时间采用综合计算工时制度，月工资为1160元，后附有期限为2011年9月28日至2012年2月29日的劳动合同续订书。高松为农业户口，瀚金佰酒店未给其缴纳社会保险。高松于2012年3月15日向北京市朝阳区仲裁委申请劳动仲裁。2012年7月25日，朝阳区仲裁委作出京朝劳仲字［2012］第04704号裁决书，裁决：瀚金佰酒店支付高松法定节假日加班工资1148元。高松不服仲裁裁决结果，诉至法院，要求瀚金佰酒店支付：1. 2012年2月16日至3月4日欠付的工资4800元；2. 2011年1月28日至2012年3月4日期间未签订劳动合同的双倍工资差额25200元；3. 2010年3月4日

至2012年3月4日休息日加班工资114757.76元；4.2010年3月4至2012年3月4法定节假日加班工资18206.76元；5.2010年度及2011年度未休年休假工资5517.2元；6.解除劳动关系经济补偿金15000元；7.2009年9月28日至2012年3月15日未缴纳养老保险赔偿金5246元、未缴纳失业保险赔偿金1356元。

庭审中，高松提交了2011年6月至2012年银行对账单。主张瀚金佰酒店于2012年3月4日停止其工作，于3月9日违法解除其劳动关系，后其于3月15日向瀚金佰酒店寄送了辞职信，瀚金佰酒店尚未支付其2012年2月16日至3月4日期间的工资。瀚金佰酒店提交了：1.2010年4月至2012年2月工资表，显示：高松的工资构成中包含基本工资、社保补助、岗位津贴、浮动工资、其他补助等项目；2.《员工离职表》，显示：申请日期为2012年3月6日，离职类别中勾选项为个人原因辞职及自动离职，离职原因栏载明"2月16日－3月1日3849元，3月1日－3月4日1142元，合计4991元"、离职办理栏载明"我确认上述手续已全部完成，从此解除我与本酒店的劳动关系"，有高松落款签名；3.北京市朝阳区人力资源和社会保障局于2010年1月18日出具的《行政许可决定书》，载明：准许瀚金佰酒店实行综合计算工时工作制，计算周期单位为年，年限为3年；4.2010年1月至2012年3月期间的考勤表，显示：高松于2010年1月18日至2011年1月17日期间工作247天，于2011年1月18日至2012年1月17日期间工作250天；5.承诺书，该承诺书载明："因本人已在档案存放地自行缴纳社会保险，故承诺不需要贵公司给本人上任何保险，每月社会保险费用已随工资一并发放与本人，若发生问题，后果由本人自行承担，与贵公司无任何关系。特此承诺！"。

【案件焦点】

1.如何确定高松的工资标准；2.高松是否存在加班的事实；3.高松离职原因的认定；4.如何认定承诺书的效力。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：首先，双方签订的劳动合同约定高松基本工资为1160元，而瀚金佰酒店在其举证范围内提交了工资表，本院对工资表予以采信，根据工资表显示高松的工资构成中，基本工资为1160元，从2011年10月起基本工资变更为1260元；工资表中实发金额基本能与高松提交的银行对账单中显

示的金额相对应，故本院对瀚金佰酒店主张的高松基本工资的标准予以采信。关于高松主张的未签劳动合同的双倍工资差额，其主张无事实依据，故不予支持。关于高松主张的2012年2月16日至3月4日期间的欠付工资，瀚金佰酒店未提交其已支付该期间工资的支付凭证，故本院对于高松的主张予以支持，因高松主张的金额4800元不高于员工离职表中双方确认的金额，本院对此不持异议；而关于高松的离职原因，离职表显示高松因个人原因自行离职，故本院对高松要求支付解除劳动关系经济补偿金的请求不予支持。

另瀚金佰酒店提交了考勤表，高松虽不认可该考勤表的真实性，但未能证明瀚金佰酒店存在其他形式的考勤制度，故本院对该考勤表不持异议。关于高松的离职时间，考勤表显示高松于2012年3月6日后未再进行考勤，而员工离职表显示的高松申请离职时间亦为2012年3月6日，故本院认定高松离职时间为2012年3月6日。另高松实行的是综合计算工时工作制，其在职期间的工作天数不超过相关法律规定的天数，故本院对高松主张的休息日加班费不予支持。另考勤表显示高松法定节假日加班7天，故瀚金佰酒店应支付高松法定节假日加班费1148元。另考勤表显示高松在2010年及2011年各休了5天年假，故其主张未休年假工资于法无据，本院不予支持。

另高松给瀚金佰酒店出具了承诺书，显示“高松承诺不需瀚金佰酒店给其缴纳社会保险，且每月的社会保险费用已随工资一并发放”，高松认可承诺书系其签订，但称该承诺书系被迫签订，但高松未能证明该承诺书系瀚金佰酒店强迫其所签。本院认为，高松作为有完全民事行为能力的成年人，应对其所签署的法律文件承担相应责任，且根据瀚金佰酒店提交的工资表显示瀚金佰酒店每月给高松发放社保补助，数额不低于相关法律规定，故本院对于高松要求的养老、失业保险赔偿金的请求不予支持。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第四十四条、第五十条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，作出如下判决：

一、被告北京瀚金佰九号国际温泉酒店自本判决生效之日起十日内支付原告高松未休法定节假日的加班工资1148元。

二、被告北京瀚金佰九号国际温泉酒店自本判决生效之日起十日内支付原告高松2012年2月16日至3月4日期间的工资4800元。

三、驳回原告高松的其他诉讼请求。

【法官后语】

对于如何确定高松的工资标准，瀚金佰酒店提交了工资表，该份工资表记录了高松的工资构成，高松的签名应视为对其工资构成的认可，而双方在劳动合同中约定的基本工资亦能与工资表相对应，另外高松提交的其工资卡的银行对账单基本与瀚金佰酒店提交的工资表显示的每月总收入相对应，因此瀚金佰酒店已就高松的工资标准完成了其举证责任，所以本院采信了瀚金佰酒店主张的工资标准。

对于高松是否存在休息日加班，高松应承担相应的举证责任，但高松未能初步证明其在职期间存在休息日加班的事实，而瀚金佰酒店提交的考勤表能够证明高松的出勤情况，由于高松实行的是综合计算工时工作制，其工作时间是不固定的，且高松一年工作的天数未超过相关标准，故本院未支持其要求休息日加班费的请求。

关于高松的离职原因，本院将此项举证责任分配于瀚金佰酒店承担，瀚金佰酒店就此提交的员工离职表，系双方进行离职交接手续的证明，该表记载了高松的离职原因、离职时间以及待支付工资的相关事项，并由高松签名确认，因此瀚金佰酒店也已完成其举证责任，本院确认高松系自行离职。

最后，关于养老保险及失业保险的赔偿金，瀚金佰酒店就此提交了高松签订的承诺书，该承诺书显示瀚金佰酒店已向高松支付了社会保险补助，并随工资一并发放，而高松认可该承诺书系其所签，且工资表亦显示高松每月收入包含了社会保险补助，所以本院未支持高松此项诉讼请求。

编写人：北京市朝阳区人民法院　白星晖

48

劳动争议案件中是否都适用举证责任倒置

——于兴龙诉大连新东方房地产销售代理有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

辽宁省大连市中级人民法院（2012）大民五终字第96号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：于兴龙

被告（被上诉人）：大连新东方房地产销售代理有限公司

【基本案情】

原告于兴龙于2009年12月24日到被告大连新东方房地产销售代理有限公司从事销售工作，后升职为销售主管，双方没有签订劳动合同。被告称原告不与其签订劳动合同，但未提供证据证明。原告基本工资：2010年1月至3月工资为1280元/月，4月至7月为1600元/月，8月之后为2500元/月。2009年12月至2011年4月，原告累计休息日加班64天。2011年4月28日，原告离职，被告没有为原告出具解除劳动关系的手续。原告称被告系无故口头告知其离职，被告认为原告系自行离职，双方均未提供证据证明。原告于2011年6月16日申诉至大连保税区劳动人事争议仲裁委员会，该仲裁委员会于同年9月5日作出裁决，裁决被告向原告支付未签订劳动合同双倍工资、加班费、经济补偿金合计35582.30元。原告不服该裁决，于2011年9月19日诉至法院。原告提供了被告的工资明细、公文签报、请款单、芙蓉花园销售人员提成发放申请、佣金明细表的复印件，以证明原告在被告处工作期间存在提成佣金的事实及佣金的发放比例、明细款，被告对原告提供的复印件不予认可，并提供了与之相反的工资发放表及佣金明细表原件。根据被告提供的《新东方营销机构工资表（销售）》记载，原告的工资构成仅有基本工资，并无佣金。根据被告提供的《提成款统计明细》记载，被告对公司的销售人员计提佣金，明细表中没有原告的名字。被告称，原告作为销售主管不参与销售活动只负责日常管理工作，所以不发放佣金。被告提供《佣金计提标准》，以证明被告的提成标准为千分之二和千分之二点五，与原告所称的千分之零点八不同。原告提供曾经是被告售楼人员的证人孙某、史某某、齐某某到庭作证，证明：1. 其工资的组成为基本工资加上提成款（佣金），每月10日发放工资，20日发放提成款；2. 原告系被告的销售主管，原告既亲自参与销售工作也负责销售人员的日常管理；3. 三人对被告提供的《佣金计提标准》予以认可，并认可该标准上其签字的真实性。法院对原告提供的被告的工资明细复印件（八月份）和被告提交的《新东方营销机

构工资表（销售）》原件进行比对，两者在形式上一致，在涉及原告的基本工资数额上一致，但个人签字栏目中相同名字的签名笔迹不同；被告提供的工资表总经理签字为韩超，原告提供的工资表总经理签字为张大军，销售经理均为张福平签字，但笔迹明显不同。原告的证人史某某、孙某、齐某某对被告提供的工资表上的签字不予认可。

【案件焦点】

是否所有的劳动争议案件都适用举证责任倒置规则。

【法院裁判要旨】

大连经济技术开发区人民法院经审理认为：原告在被告处工作，接受被告管理，被告为其发放工资，双方符合法律、法规规定的主体资格，劳动关系成立。本案的主要争议焦点为原告在被告处工作期间每月的工资数额，由此可确定其他诉讼请求数额的计算基数。原告主张其工资数额为基本工资与销售提成的总和，被告不予认可，其认为原告作为销售管理人员并不进行具体销售工作，其工资仅为基本工资，无提成款。根据“谁主张，谁举证”的原则，原告需举证证明其与被告之间有提成款计提协议及扣发风险金的证据。因原告提交的证据均为复印件，被告不予认可且提出了相反的证据，故原告关于其平均月工资为7213元的诉讼意见，无据认定，不予采纳，原告离职前12个月的平均工资为2025元。原告各项补偿的计算依据应以被告提供的工资表上的实发工资为准。原告要求被告支付提成佣金和返还风险金的诉讼请求，于法无据，不予支持。对于原告的离职，原告称被告无故单方解除劳动关系，被告称原告乃自行离职，双方均未提供证据证明，鉴于双方劳动关系已经实际解除，被告应向原告支付经济补偿金而非赔偿金；原告在被告处工作1年5个月，被告应向原告支付经济补偿金3038元（2025元×1.5个月）。原告关于要求被告支付违法解除劳动合同的赔偿金的诉讼请求，于法无据，不予支持。被告作为用人单位，应与原告签订劳动合同，其未提供证据证明未签订劳动合同的原因在于原告，所以其应在用工的第二个月起（2010年1月24日）向原告支付双倍工资20240元（1280元×3个月+1600元×4个月+2500元×4个月）。原告关于要求被告支付未签订劳动合同的双倍工资的诉讼请求，于法有据，应予支持；原告超出该数额的诉讼请求，不予支持。原告在被告处

工作期间，共计加班64天，被告应向原告支付加班费12042元。原告关于要求被告支付加班费的诉讼请求，于法有据，应予支持；原告超出该数额的诉讼请求，不予支持。

据此，依据《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第三十条第一款、第三十六条、第四十七条第一款、第八十二条第一款之规定，判决如下：

一、于本判决生效之日起十日内，被告大连新东方房地产销售代理有限公司向原告于兴龙支付经济补偿金3038元、未签订书面劳动合同的双倍工资20240元、加班费12042元，合计35320元。

二、驳回原告于兴龙的其他诉讼请求。

于兴龙不服一审判决，提出上诉。大连市中级人民法院经审理同意一审判决意见，判决：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

举证责任又称证明责任，是指当事人对诉讼中提出的主张提供证据加以证明的责任。举证责任分为二个层次，一是行为意义上的举证；二是结果意义上的举证。行为意义上的举证是指负有举证责任的一方应当向法院或仲裁机构提供证据，用来证明自己的主张；结果意义上的举证是指负有举证责任的一方提供的证据，要能够证明自己的主张和事实。只有负有举证责任的一方既完成了行为意义上的举证，且所举证据能够证明自己的主张，才算完成了举证责任。在劳动争议案件中，劳动者在劳动关系中一般处于弱势地位；并且与劳动关系有关的证据材料基本上都由用人单位保管，这使得劳动者在诉讼中对有些事实的举证存在困难，而用人单位提供这些证据则相对容易。因此，法律对于劳动争议案件中举证责任的分配有着特殊的要求，即劳动争议案件举证责任倒置规则。根据2001年3月22日通过的法释〔2001〕14号最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第13条的规定，劳动合同双方发生因用人单位做出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而引发的劳动争议，应当由用人单位负举证责任。但是，法律没有具体规定这六种情形以外的劳动争议的举证责任，因此，根据我国相关诉讼法的规定，应采取“谁主张，谁举证”的原则。本案中，于兴龙主张其工资应该由基本工资和提成组成，因此他应当负主张的举证责任，如举证不

能，就应该承担相应不利的法律后果。

编写人：辽宁省大连经济技术开发区人民法院　时丽丽

49

无纸化办公条件下举证责任的分配与电子证据的认定

——北京广利核系统工程有限公司诉朱博劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2012）海民初字第17365号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：北京广利核系统工程有限公司（以下简称广利公司）

被告：朱博

【基本案情】

2010年10月13日朱博入职广利公司担任测试工程师。广利公司使用网上办公系统发布的《员工违规违纪处理决定》载明，员工请休假或出差需办理的相关考勤手续，应通过该网上办公系统进行报送与审批。

朱博在广利公司正常出勤至2012年2月21日。广利公司主张朱博此后连续旷工，严重违反规章制度，故公司向朱博居住地邮寄解除劳动合同通知书。朱博予以否认，主张其于2012年2月22日口头向其直接领导宋宪军请休事假，并在公司网上办公系统作以填报，此后通过电子邮件方式向公司提交病假条，故非旷工，公司系违法解除劳动合同。广利公司提举了考勤记录、电话录音等证据材料。朱博提举了中国移动通信客户通话与短信详单、电子邮件打印件、诊断证明书等证据材料。

本案经劳动争议仲裁前置程序后，广利公司不服京海劳仲字［2012］第5539号裁决书，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

1. 朱博未出勤期间的性质系正常请休假还是旷工；2. 广利公司是否构成违法与朱博解除劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：因用人单位作出解除劳动合同的决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。广利公司《员工违规违纪处理决定》规定员工请休假需经网上考勤办公系统进行，现广利公司不认可朱博于 2012 年 2 月 22 日请休假且通过公司网上办公系统填报了申请的主张，但该公司作为掌管网上考勤办公系统的一方，未能就此提供该系统的相关记录，导致本院无从核实朱博是否运用该系统进行请休假，广利公司应当就此承担相应的不利后果。另，结合广利公司提举的录音证据可以看出，公司领导于 2012 年 3 月就请休假事宜与朱博进行沟通，能够与朱博的主张相互印证，综上，本院认定 2012 年 2 月 22 日朱博依据公司规章制度履行了请休假手续。此后朱博在病休期间，通过电子邮件方式向公司出示病假证明，通过电话方式与公司领导进行沟通，履行了请休病假的告知与证明义务。前述情况下，广利公司以朱博旷工为由提出与其解除劳动关系，缺乏事实与法律依据，构成违法解除劳动关系。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条、第四十八条、第五十条、第八十七条之规定，作出如下判决：

一、广利公司于本判决生效后七日内支付朱博违法解除劳动关系赔偿金 23200 元；

二、广利公司于本判决生效后十五日内为朱博办理社会保险转移手续；

三、广利公司于本判决生效后十五日内为朱博办理档案转移手续。

宣判后，双方当事人均未提起上诉，现该判决已经生效。

【法官后语】

本案需厘清的重点有二，一是关于考勤情况举证责任的分配，二是关于电子证据的认定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条规定："有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。"本案中，双方均确认朱博需通过

公司网上考勤办公系统办理请休假手续，现就朱博系旷工还系请休假产生争议，作为掌握无纸化办公平台的一方，广利公司却未提供该系统的相关记录以供本院查清事实，应承担相应的不利后果。

无纸化办公条件的日益普及，催生了劳动争议案件中诸多的电子证据。新修改的自2013年1月1日起实施的《民事诉讼法》第六十三条将电子数据列入证据范围。具体到案件中，对电子证据自身“三性”的认定、相互间能否形成证据链条、佐证己方主张或推翻对方主张的分析，可能直接关乎案件审理的走向。本案中，朱博与广利公司提举的证据中大部分均为电子证据，所涉电子证据的类型包括电子邮件、网上办公系统发布的文件（经公证）、考勤打卡记录等。通过对上述电子证据反映情况的综合分析，本院认为能够与朱博关于正常履行请休假程序的主张相互印证，并借此作出相关认定。

需要引起注意的是，电子证据可删改性较强，尤其劳动争议案件中涉及办公平台系统中的电子证据，用人单位可自行通过后台操作系统进行修改，故所涉电子证据不宜单独作为定案依据，亦不宜仅以是否经过公证程序而判定效力，而应结合当事人的陈述、书证、视听资料等其他证据，经过综合分析而稳妥处理。

编写人：北京市海淀区人民法院　王琰

50

消极事实的举证规则

——A公司诉王某劳动合同案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

上海市第二中级人民法院（2012）沪二中民三（民）终字第1404号民事判决书

2. 案由：劳动合同纠纷

3. 当事人

原告：A 公司

被告：王某

【基本案情】

被告于 2003 年 3 月 24 日进入 A 公司工作，任营业员，双方签订的最后劳动合同期限至 2007 年 12 月 31 日止。

2007 年 3 月，原告注册成立，被告遂与原告建立劳动关系，并签署劳动合同。后被告担任原告的业务主管一职，分管南方、汇金、徐太等六家商铺，职位为中级区长。2012 年 2 月 1 日，原告向被告出具“员工调职降薪审批表”，上载：王某，入职日期 2003 年 3 月 24 日，现申请该员工自 2012 年 2 月 1 日起调至 AOA4 店（指天山店），申请调动原因：王某 2011 年所管理的店铺业绩连续下滑、且对工作缺乏热情……，调任 AOA4 店店长，调整被告职位为中级店长。原告管理部门对此予以批准。员工签署一栏，被告书写“以上内容不承认”字样。原告通知被告于 2 月 3 日到天山店。2 月 4 日、5 日，被告休病假。

2 月 10 日，原告向被告发出通知，载明：自 2012 年 2 月 3 日调至百盛购物中心（天山店）后，无故旷工至今。依照《店铺员工手册》相关规定，因王某无故旷工 3 天以上，做自动离职处理。

2011 年 11 月 1 日，原告组织员工进行 ERP（企业资源计划）系统实务操作的培训，被告也参加了这一培训。原告推行 ERP 系统，通过该系统统计员工的考勤及员工的业绩，要求员工通过该系统进行工作联系。2011 年 11 月 -2012 年 3 月期间，原告依然使用机打考勤。

又查，被告 2011 年 2 月 -2012 年 1 月期间月均收入为 3645.50 元，原告向被告发放的工资单显示：王某，上岗日期 2003 年 3 月 24 日。

2012 年 2 月 13 日，王某（申请人）向上海市黄浦区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求 A 公司（被申请人）支付非法解约赔偿金 72000 元。该委裁决：被申请人支付申请人违法解除劳动合同赔偿金 72000 元。原告对裁决不服，诉至法院。

法院对双方证据进行如下分析与认定①：原告的证据3（即2011年11月－2012年2月被告分管的六家店铺的员工的电脑考勤表）系打印件，难以确认其真实性；原告的证据6（被告本人2011年12月的ERP系统考勤记录两次），该表显示该月被告仅有2天工作（且非全天工作），这与原告证据10（2011年10月－2012年1月被告的机打考勤记录）所载的被告的机打考勤记录有异，因此，仅凭电脑考勤并不能真实地反映被告的出勤记录；证据5（员工沈某某、娄某某的机打考勤各一份及ERP考勤记录），原告并不能证实该记录即是天山店的考勤记录，且该机打考勤也有字体不一的情形，同时，原告未能提供证据证实被告2月份考勤的差异。

【案件焦点】

劳动者王某是否有旷工的事实。

【法院裁判要旨】

上海市黄浦区人民法院经审理认为：因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。用人单位因劳动者违反劳动纪律而与劳动者解除劳动合同，对劳动者而言，是一种较为严厉的处置，作为用人单位应当慎而又慎，对劳动者的违纪事实必须充分举证证实。

原告在仲裁审理期间主张，被告自2012年2月3日起一直旷工，故公司与之解约；诉讼后，原告又称，被告自2012年2月6日起一直旷工，故公司解约符合法律规定。在此，原告前后不一的事实陈述，表明原告对被告旷工事实的认定过于随意及草率。原告提供其他员工2011年12月－2012年2月期间的ERP考勤记录，以此证实被告未进行ERP考勤，所以被告属于旷工。原告提供的ERP记录仅为打印件，在此我们无法判断它的真实性，即使它是真实的，原告自认在2011年11月－2012年2月期间，公司依然实行机打考勤，原告并未提供证据证实登录ERP系统是公司对员工进行上下班考勤的唯一依据，以原告提供的员工沈某某2012年2月的考勤记录为例，该员工机打考勤显示2月9日10点进入，22点离开，但ERP考勤对此未有记录，原告是否可以以此认定该员工2月9日旷工？因此，原告不能

---

① 此处有所删减，只介绍与消极事实举证相关的情况。

因被告未进行 ERP 登录，即认定被告存在旷工。被告提供机打考勤卡证实自己没有旷工的事实，原告主张被告的该考勤卡是伪造的，但原告对此并未提供证据予以证实。退言之，假若被告的机打考勤卡上的字体确与其他人机打考勤的字体不一，那么同样，沈某某的机打考勤卡上也出现字体不一的情形，可见，考勤卡上出现字体不一事出有因，它并不是认定考勤卡系伪造的唯一依据。故原告仅以其他员工有 ERP 登录，而被告未有 ERP 登录为由，认定被告旷工，证据并不充分，本院对此不予确认。原告与被告的解约于法有悖，原告应当按被告的工作年限、月均工资标准，向被告支付解约赔偿金。

原告虽然于 2007 年 3 月底注册成立，但从原告向被告发放的工资单及原告对被告进行调职的审批表可以证实，原告确认被告的工作年限自 2003 年 3 月 24 日起算，故被告的工作年限应为 9 年，原告应按被告 9 年的工资结算补偿金，以二倍的补偿金向被告支付赔偿金。

据此，依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条之规定，判决如下：原告 A 公司于本判决生效之日起七日内支付被告王某解除劳动合同赔偿金人民币 65619 元。

一审判决后，原告上诉，二审维持原判。

【法官后语】

法律事实可以分为积极事实和消极事实，积极事实就是主张存在某种事实；消极事实就是主张不存在某种事实。虽然大多数情况下人不能自证其无，但特定情况下，法律也要求否定事实存在的当事人承担举证责任。与积极事实相比，消极事实由于其不存在的特性而较难证明，由此产生了消极事实证明中的一些特殊规则。

本案的争议焦点在于劳动者是否有旷工行为，根据规定，用人单位负有证明劳动者没有上班这一消极事实的责任。消极事实的证明方法有：诉讼上的自认、直接证明、法律上的推定、运用间接事实 + 经验法则来进行证明。从证明标准看，法院对当事人的证据要求是不同的，负有举证责任的当事人要求其证据证明力须达到高度盖然性标准，而不负举证责任的当事人提供的证据只要达到动摇本证的证明力即可。

本案中，由于劳动者对旷工事实不认可，加上用人单位无法提供劳动者于涉案

期间（2012年2月）的考勤卡，故诉讼上的自认和直接证明的方法都不适用。诉讼中用人单位运用了间接证明+经验法则的方法：提供其他员工考勤表、被告之前的考勤情况等证据，证明被告会运用ERP系统考勤却没用，故存在旷工行为。被告则提供了本人2012年2月的盖有原告印章的机打考勤卡以证明自己确有上班。用人单位则认为该考勤卡系被告利用职务便利伪造，字体也不一样。

根据前述的证明标准，结合经验法则，我们来分析双方的举证情况。原告提供的员工电脑考勤记录系单方制作的打印件，没有得到劳动者的确认，也无法证明与原始记录一致，故无法采纳。原告提供的被告本人部分考勤记录（包括机打和ERP）真实性均得到被告认可，然两种记录不一，可见，用人单位的考勤管理并不完善，对运用何种手段考勤也没有统一规定。根据经验法则，用人单位提供的证据未达到高度盖然性标准。反观用人的证据，其作为不负举证责任的一方，对其证据的审查标准相应降低，结合用人单位提供的其他机打考勤卡也存有字体不一的现象，法院认可该证据，并最终支持了劳动者要求支付违法解除劳动合同赔偿金的诉求。

编写人：上海市黄浦区人民法院　邹靖宇　徐婷姿

51

用人单位向公安机关提供的报案材料未被采用后是否可以作为民事案件的证据

——韩某某诉东方美建（北京）建筑工程有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市朝阳区人民法院（2012）朝民初字第04215号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：韩某某

被告：东方美建（北京）建筑工程有限公司（以下简称东方美建公司）

【基本案情】

韩某某主张其自2009年9月3日起为东方美建公司工作，担任副董事长职务，约定月工资2万元，未签订劳动合同。东方美建公司对此不予认可。另，东方美建公司于2010年1月7日注册成立，系有限责任公司（外国自然人独资），法定代表人为禹贤济，注册资本为700万元。

案件审理期间，法院到北京市公安局朝阳分局调取东方美建公司关于韩某某涉嫌职务侵占的报案材料并就相关情况进行调查。查明：东方美建公司曾于2011年4月以韩某某涉嫌职务侵占向北京市公安局朝阳分局报案。2011年4月19日，韩某某向北京市公安局朝阳分局出具了《职务证明》1份，内容为："韩某某曾于2010年2月至2010年10月在我公司就职，担任副董事长一职"。同年5月10日，东方美建公司又向北京市公安局朝阳分局出具了《职务证明》1份，内容为："韩某某曾于2010年2月至2010年10月在我公司就职，担任副董事长一职。对公司业务进行全面管理"。当日，东方美建公司还向北京市公安局朝阳分局出具了说明1份，主要内容为："韩某某在我公司任职期间，月薪为10000元人民币整。但应韩某某个人要求，个人所得税税额太高，要求以5000元申报。公司第一次支付工资时，以转账方式支付5000元，其余以现金支付4675（代扣代缴个税325元）。公司第二次支付工资时，以转账方式支付9675元（代扣代缴个税325元）。注：按5000元申报个人所得税，应扣纳税额为325元"。2011年5月19日，北京市公安局朝阳分局出具了京公朝经立字［2011］1132号立案决定书，决定对韩某某职务侵占案立案侦查。后经侦查，北京市公安局朝阳分局认为韩某某不构成职务侵占。

【案件焦点】

东方美建公司向公安机关提交的职务证明、报警材料等证据，在公安机关未认定韩某某构成职务侵占罪的情况下，是否可以作为认定民事案件事实的证据。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干

规定》第二条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条规定："发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。"

韩某某主张其自2009年9月3日起为东方美建公司工作。东方美建公司对此不予认可，韩某某就其主张提供了协议书、中国工商银行个人业务凭证复印件、谈话笔录、工程施工分包合同；此外，本院从北京市公安局朝阳分局调取了《职务证明》等证据，可以证明韩某某与东方美建公司之间存在劳动关系。特别是在东方美建公司向公安机关提交的职务证明和报警书面材料中，均显示东方美建公司确认韩某某与其公司之间存在劳动关系，并据此要求公安机关追究韩某某职务侵占的法律责任。另，东方美建公司登记注册时间为2010年1月7日，故在此前东方美建公司尚不符合劳动法律法规意义上的用人主体资格。根据查明的事实，本院依法确认韩某某与东方美建公司在2010年1月7日至2010年10月3日期间存在劳动关系。关于韩某某称其月工资标准20000元的主张，因韩某某未就其上述主张提供充分的证据，根据本院从公安机关调阅的相关证据以及银行转账记录，本院可以确定韩某某的月工资标准为10000元。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第五十条、《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第三十六条、第四十六条第（二）项、第八十二条第一款、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第六条之规定，作出如下判决：

一、被告东方美建（北京）建筑工程有限公司于本判决生效后七日内给付原告韩某某2010年1月7日至2010年10月3日期间的工资差额64195.4元；

二、被告东方美建（北京）建筑工程有限公司于本判决生效后七日内给付原告韩某某2010年2月7日至2010年10月3日期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额79655.17元；

三、被告东方美建（北京）建筑工程有限公司于本判决生效后七日内给付原告韩某某解除劳动关系经济补偿金10000元；

四、驳回原告韩某某的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理重点主要在于用人单位向公安机关提交的书面材料是否可以作为认定双方存在劳动关系的证据。“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”劳动者应当就其与用人单位之间存在劳动关系的事实提供相应的证据，如果不能提供或提供的证据不足以证明其关于劳动关系的主张，要承担不利的法律后果。

具体到本案中，韩某某申请法院到北京市公安局朝阳分局调取东方美建公司在向公安机关报警时提交的报案材料。通过法院调取的报案材料及制作的调查笔录，可以确认东方美建公司与韩某某之间存在劳动关系。但东方美建公司主张，其虽然向公安机关提供了相关材料，但韩某某并未被认定为职务侵占，因此其提交的报案材料不应用以认定双方存在劳动关系。

法院根据东方美建公司向公安机关提交的《职务证明》、《说明》等证据认定双方之间存在劳动关系是正确的，并据此判决东方美建公司向韩某某支付双倍工资差额、工资以及解除劳动合同经济补偿金。案件宣判后，韩某某与东方美建公司均未上诉。

值得注意的是，本案中用人单位向公安机关出具的《职务证明》、《说明》等材料，即便公安机关未能依据上述证据确认韩某某构成职务侵占，但上述证据仍可以作为认定双方存在劳动关系的证据。

编写人：北京市朝阳区人民法院　史震

52

在缺乏劳动合同等直接证据情况下对劳动关系的认定

——韩红梅诉北京松麓饭店劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第13427号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：韩红梅

被告：北京松麓饭店（北京简称松麓饭店）

【基本案情】

韩红梅主张其自2011年3月10日入职松麓饭店。2011年5月7日，松麓饭店有婚庆，其是三层客房服务员，当时三层有人打架。下午4点景衍德（当时为松麓饭店员工）叫其到领导办公室，说派出所来人进行询问，到领导办公室进门时由于地板很滑致其将腿摔伤，右膝着地。随后松麓饭店派人送其去66400部队医院，拍片子显示是粉碎性骨折；2011年5月7日下午六点，将其送到304医院，在该医院使用李玉芬的名字看病；当日晚上九点，将其送到中国人民解放军空军总医院（以下简称空军总医院）住院，也是用李玉芬的名字，做手术的大夫叫郑超（音），手术签字的是其爱人孙小社；2011年5月22日出院。并提供如下主要证据：1. 住院病案。病案显示姓名为李玉芬，接诊日期为2011年5月7日，工作单位为松麓饭店，联系人姓名景衍德，关系为同事。2. 工牌。工牌显示为松麓圣方假日饭店优秀员工及松麓圣方假日饭店，工号1901。

松麓饭店否认与韩红梅存在任何劳动及劳务关系，其对韩红梅提供的证据1真实性没有异议，认可景衍德为其饭店员工，但主张病案中的“李玉芬”并非是韩红

梅；对证据2真实性不予认可。

就为何使用“李玉芬”名义就诊，韩红梅主张“李玉芬”为松麓饭店主管，因“李玉芬”有医保，故松麓饭店以“李玉芬”的名义给其看病。本院依法调取“李玉芬”病案中手术麻醉签字书，其上记载家属为孙小社，与患者关系一栏记载为夫妻。庭审中，韩红梅提交了与孙小社的结婚证，松麓饭店否认结婚证的真实性，但未提交相反证据。

另查，2012年3月15日，在北京市海淀区劳动争议仲裁委员会庭审过程中，韩红梅即提交了空军总医院的住院手续，但松麓饭店仅表示不认可关联性，并未对其中的情况作其他说明。2012年4月12日，松麓饭店委托景衍德为本案代理人到法院领取了本案的起诉书及相关诉讼材料。同月19日，法院第一次开庭过程中，景衍德未到庭，松麓饭店就空军总医院住院病案的质证意见亦仅表示不认可真实性，并未就其中情况作其他说明。在当天开庭过程中，法院要求松麓饭店通知景衍德出庭，松麓饭店当庭表示认可景衍德系其员工，且可以让景衍德出庭作证。2012年5月29日，景衍德出庭称：其2009年4月11日入职松麓饭店，2012年4月19日被辞退，在职期间负责行政后勤工作。其称2011年5月7日，松麓饭店组织集体面试，其中就有韩红梅。面试完成后，看见韩红梅摔倒，其和两个路人一起把韩红梅送到医院。其并不认识“李玉芬”，至于为什么用“李玉芬”这个名字不清楚。是韩红梅的爱人让其在病案中写“同事”关系。另外，看病的钱是韩红梅自己出的。

韩红梅仅认可景衍德送其去医院的事实，对其他陈述不予认可。就景衍德的上述证言，松麓饭店主张景衍德和其单位现有纠纷，其证人证言的效力有限，但景衍德没有承认本案双方当事人存在劳动关系，并认可韩红梅仅是参加其单位面试的人员，同事关系也是韩红梅的亲属让景衍德写的。

【案件焦点】

在韩红梅未能提供劳动合同、工资支付记录等直接证据情况下，对其与松麓饭店是否存在劳动关系的认定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：本案中韩红梅提交的空军总医院住院病案

中记载的姓名虽为“李玉芬”，但结合本院调取的手术麻醉签字书，其上记载家属为孙小社，与患者关系为夫妻；而韩红梅亦提交了与孙小社的结婚证，虽松麓饭店否认结婚证的真实性，但并未提交相反证据，本院对结婚证的真实性予以采信；再结合韩红梅和证人景衍德的陈述，本院认为上述证据已构成完整的证据链，证明空军总医院住院病案中记载的患者虽记载姓名为“李玉芬”，但实为本案原告韩红梅。

本案争议焦点是韩红梅与松麓饭店自2011年3月10日起是否存在劳动关系。结合本案现有证据，能够体现韩红梅与松麓饭店有劳动关系的证据仅有空军总医院住院病案中对2011年5月7日“李玉芬”（现已认定系韩红梅本人）接诊情况的记录，即工作单位为松麓饭店，联系人姓名景衍德，关系为同事，而景衍德确系松麓饭店职员。但与此相对，2012年5月29日，景衍德出庭作证，称其2011年5月7日送韩红梅入院治疗时，韩红梅仅系松麓饭店的面试人员，否认韩红梅与松麓饭店存在劳动关系，且表示是韩红梅的爱人让其在病案中写明与韩红梅为“同事”关系。对此，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条之规定，双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。故本院认为，就上述两份由同一当事人做出的，证明内容存在矛盾的证据，需结合证据形成的时间，形成的场合，证据的证明内容等因素，综合判定其证明力。

对空军总医院住院病案中的记载内容，其形成的时间是2011年5月，当时韩红梅与松麓饭店并未发生争议，景衍德则系松麓饭店负责行政后勤的员工，故在填写与韩红梅关系时，首先，景衍德作为行政人员，应当明知同事关系的确切含义；其次，当时尚不存在确认同事关系后松麓饭店需要承担责任的法律风险；景衍德亦不存在做出虚假表述的道德风险。反之，对景衍德2012年5月29日的当庭陈述：首先，韩红梅在仲裁阶段就已经提交了空军总医院的住院病案，且景衍德从本案立案审理之初就已经是代理人，也即在景衍德2012年5月24日提起仲裁之前，松麓饭店均有充分的时间核实住院病案中记载内容的有关情况，但无论仲裁庭审还是2012年4月19日本案第一次开庭过程中，松麓饭店对景衍德2012年5月29日陈述的情况一直只字未提，直到本院明示景衍德的证言对本案的重要性时，松麓饭店才让景衍德出庭并做出对其有利的证言，故从景衍德证言形成的时点，本院难以排

除对其客观中立性的质疑；其次，景衍德虽已于2012年5月24日提起了劳动争议仲裁，但其证人证言的内容，均是有利于松麓饭店而不利于韩红梅的陈述，鉴于其曾为松麓饭店员工的身份，在无其他证据佐证的情况下，本院亦不能排除对其证言真实性的合理怀疑。综上，再结合韩红梅文化程度偏低、缺乏留存证据意识及举证能力有限的事实以及类似行业用工的现状，本院认为空军总医院住院病案记载内容的证明力已明显大于景衍德当庭陈述的证明力。故本院依法采信空军总医院病案记载内容的真实性，认定韩红梅与松麓饭店之间存在劳动关系。

北京市海淀区人民法院根据《中华人民共和国劳动法》第七十九条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条之规定，作出如下判决：

一、确认韩红梅与北京松麓饭店之间自2011年3月10日起至今存在劳动关系。

二、驳回韩红梅其他诉讼请求。

宣判后，北京松麓饭店不服一审判决，提起上诉，2012年10月24日北京市第一中级人民法院作出驳回上诉，维持原判的终审判决。

【法官后语】

本案系劳动关系确认之诉。劳动关系的确认适用一般的举证责任分配方式，即"谁主张、谁举证"之举证原则。但在劳动争议案件中，由于劳动者与用人单位实际处于不平等的地位，且部分劳动者文化程度偏低、缺乏留存证据意识，导致举证能力有限。而劳动关系的确认又是保障劳动者一切合法权利的前提，因此在劳动关系确认的案件中，要特别注意对证据的把握和认定。

劳动合同法颁布实施已余五年，但是仍有部分用工单位不履行法定义务、不签订劳动合同，甚至通过现金支付工资、不缴纳社会保险、不让劳动者获取任何可能证明双方劳动关系证明材料等手段，使劳动者无法持有任何能够证明劳动关系的证据材料，从而使劳动者在想要通过法律手段维权之时难以得到证据支撑而尽尝败诉的后果，达到其规避法律风险、逃避法律责任的目的。这一类情况尤其多发于餐饮、建筑等劳动力密集且劳动力素质偏低的用工行业。由于证明存在劳动关系应由劳动者承担举证责任，而劳动者因受自身能力所限，很难掌握有力的证据，因此这类案件也成为法院审理劳动争议案件的难点。对于这类案件，法院在审理中更应特

别谨慎。首先，要加大调查取证力度，还原事实真相。例如在银行、税务部门、公安部门、医疗机构以及与用人单位存在业务往来的第三方单位等处保存的资料，这些资料形成于争议发生之前，且保管于案外第三方，通常具有客观真实性，有助于还原事实真相。且上述这些部门、单位因其自身职权所辖，与用人单位多会产生业务上、工作上的关联，具备较大的获得证据资料的可能性。第二，对关键证据的认定，除要考虑证据是否原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；证据与本案事实是否相关；证据的形式、来源是否符合法律规定；证据的内容是否真实；证人或者提供证据的人，与当事人有无利害关系等传统判断方法，还要注意结合当事人的举证能力、行业用工现状等客观情况予以综合判断。第三，要注意各个证据的关联，从证据链整体加以把握。若干个单一、零散的证据组合在一起，往往就能形成整体的证据链条，结合法院的调查取证和对关键证据的认定，就足以达到事实认定的标准。

编写人：北京市海淀区人民法院　李鹏

六、时效及其他

53

仲裁时效的认定

——曾小容诉洞口县邮政局等劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

湖南省邵阳市中级人民法院（2012）邵中民再终字第8号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：曾小容

被告（被上诉人）：洞口县邮政局、邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司、邵阳市邮政局

【基本案情】

2001年3月28日，曾小容与洞口县邮政局签订了为期两年的临时工劳动合同，合同期满后改为一年一签，直至2006年。2007年3月23日，曾小容与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订为期一年的劳动合同，同意邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司将其安排在洞口县邮政局承担营业员工作。同日，曾小容与洞口县邮政局签订《邮政岗位责任书》。2008年4月1日，曾小容与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订为期四年的劳动合同，同意邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司将其安排在洞口县邮政局从事邮政工作。同日，曾小容与洞口县邮政局签订《劳务派遣用工上

岗协议》。

2010年5月19日，曾小容向洞口县劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求洞口县邮政局与其签订无固定期限劳动合同。洞口县邮政局以其申请超过仲裁时效为由提出抗辩。洞口县劳动争议仲裁委员会认为曾小容与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订劳动合同后未在法定时效内提出异议，曾小容与洞口县邮政局的劳动关系自曾小容与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订劳动合同时终止，裁决驳回曾小容的仲裁请求。曾小容不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

曾小容申请劳动争议仲裁是否超过仲裁时效。

【法院裁判要旨】

湖南省洞口县人民法院经审理认为：曾小容自愿与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订的劳动合同有效。曾小容与洞口县邮政局的劳动关系自2007年3月曾小容与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订劳动合同时终止。判决驳回曾小容要求洞口县邮政局与其签订无固定期限劳动合同的诉讼请求。

一审判决生效后，湖南省洞口县人民法院决定对该案进行再审。再审经审理认为：曾小容于2007年和2008年两次与邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司签订劳动合同，曾小容在签订合同时就应当知道用人单位系邵阳市劳动劳务派遣有限责任公司，也应当知道其权利是否被侵害，故双方之间的劳动争议仲裁时效期间应从签订劳动合同之日起计算。曾小容应自2007年3月23日起60日内申请仲裁，其于2010年5月19日方向洞口县劳动争议仲裁委员会申请仲裁，已明显超过法定仲裁申请期限，又无不可抗力或者其他正当理由，应判决驳回其诉讼请求。再审维持原判。

再审判决后，曾小容以申请未超过仲裁时效等理由提出上诉。邵阳市中级人民法院经审理，同意一审法院再审意见，判决驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《劳动合同法》第六十三条规定："被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。"第六十六条规定："劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。"可在实际用工中，劳务派遣用工制度被滥用，不仅普遍超越法

律规定的"三性"岗位，而且存在严重的同工不同酬现象，影响和谐劳动关系的构建，引起全国人大常委会及社会各界的关注。

涉及到劳务派遣的劳动争议案件，审判实践中处理方法不一。有的法院以在主营业务岗位使用劳务派遣工，规避《劳动合同法》关于订立无固定期限劳动、同工同酬的规定等理由判决劳动者与劳务派遣公司签订的劳动合同无效，责令用工单位与劳动者签订劳动合同。有的法院以劳动合同系劳动者与劳务派遣公司自愿签订，未违反法律、行政法规的强制性规定为由判决合同有效，驳回劳动者要求直接与用工单位签订劳动合同的诉讼请求。

对劳务派遣的规范有赖于立法的完善与明确。审判实践中应慎重处理劳务派遣用工案件，免得造成群体性涉诉上访。在调解无效的情况下，应准确理解法律条文，慎重认定合同效力。对于劳务派遣合同中的不规范现象可以用司法建议等方式向有关单位提出，建议纠正。

本案处理从劳动争议仲裁时效角度入手，指出曾小容3年之后才申请劳动争议仲裁已超过仲裁时效，判决驳回其诉讼请求，为此类案件的处理提供了一个审查合同效力之外的视角。

编写人：湖南省邵阳市洞口县人民法院　刘孙容

54

未签订劳动合同期间的仲裁时效认定

——林万成诉厦门福满药业有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2012）厦民终字第1760号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（被上诉人）：林万成

被告（上诉人）：厦门福满药业有限公司（以下简称福满公司）

【基本案情】

2007年3月，原告林万成进入被告福满公司工作，岗位为保安。2009年8月31日，林万成与福满公司签订书面劳动合同，合同期限自2009年9月1日至2012年8月31日止，林万成工作时间实行标准工时（每天工作8小时，每周工作40小时）；试用期满后的工资为1000元/月。2007年3月至11月期间，被告安排原告于法定节假日及休息日加班，但未支付原告加班工资。2010年11月20日，被告单方向原告提出解除劳动关系。原告解除劳动关系前12个月的平均工资为1200元，原告已在被告公司连续工作满3年8个月。

2010年12月7日，原告林万成向厦门市集美区劳动争议仲裁委员会提起仲裁，同月31日该仲裁委员会作出厦集劳仲案（2010）第624号裁决书，裁决福满公司支付林万成解除劳动合同赔偿金5800元，驳回林万成的其他请求。林万成不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

1. 原告主张2007年3月至2009年11月期间的休息日加班工资和法定节假日工资是否超过仲裁时效；2. 被告为原告补缴2007年3月至2009年11月期间的社会保险是否超过仲裁时效；3. 原告主张2008年1月至2009年8月期间未签劳动合同的加倍工资是否超过仲裁时效；4. 被告是否拖欠原告的队长补贴及夜班值班补贴；5. 被告是否应支付原告解除劳动合同赔偿金。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：被告未能提供充分证据证明，本案原告存在《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定的公司可以单方解除劳动合同的情形，故本院认定被告单方解除与原告之间的劳动合同系违法解除劳动合同的行为。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定，被告违法解除劳动合同，应向原告支付经济补偿标准两倍的赔偿金，原告于被告公司工作年限为3年8个月，按照4年计算，故被告应向原告支付的赔偿金金额为1200×4×2=9600

元。综上，依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条第一款、第三款、第四十八条、第八十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、被告厦门福满药业有限公司应于本判决生效之日起10日内支付原告林万成2007年3月至2009年11月期间的休息日加班工资25116.28元和法定节假日工资2896.55元；

二、被告厦门福满药业有限公司应于本判决生效之日起10日内支付原告林万成2009年12月至2010年11月期间的夜班值班补贴1850元；

三、被告厦门福满药业有限公司应于本判决生效之日起10日内支付原告林万成违法解除劳动合同的赔偿金9600元；

四、驳回原告的其他诉讼请求。

原审判决以后福满公司提起上诉。福建省厦门市中级人民法院经审理认为，林万成为证明其关于加班费的主张提交了相应的证据，福满药业公司在原审期间对林万成提交的证据和林万成主张的加班费金额均无异议，原审对此予以支持是正确的。福满药业公司上诉称，员工加班需要经事先审批，但没有证据予以证明，本院不予采信。关于林万成值夜班的问题，林万成晚上12点下班后在福满药业公司提供的保安休息室过夜，期间并未离开工作场所，应当视为在单位值班，原审判决福满药业公司支付林万成值班补贴并无不当，可予以维持。林万成不慎打翻水杯造成福满药业公司的电脑主机损坏，并非故意为之，不应认定为林万成破坏公司监控设备，且福满药业公司已经对林万成进行了罚款处罚，林万成也接受了单位的处罚，福满药业公司以此为由提出与林万成解除劳动合同依据不足，本院不予采纳。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条的规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金，即依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金，原审判决福满药业公司按照经济补偿金标准的二倍向林万成支付违法解除劳动合同赔偿金是正确的。综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案劳动者是先工作后签订劳动合同，其关于未签订劳动合同期间的诉讼请求，有以下几点可以探讨。

1. 原告主张2007年3月至2009年11月期间的休息日加班工资和法定节假日工资是否超过仲裁时效

笔者认为，加班工资应当属于劳动报酬的范畴，根据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款关于仲裁时效的规定，“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”本案中，加班工资应当自被告解除与原告的劳动关系之日起计算仲裁时效，即自2010年11月20日起计算。原告于2010年12月7日向仲裁委提起仲裁，仍在时效期间之内，因此，原告要求支付加班工资的请求未超过仲裁时效。由于被告对原告的计算方式及金额无异议，对原告主张的加班工资额应予以支持。

2. 被告为原告补缴2007年3月至2009年11月期间的社会保险是否超过仲裁时效

笔者认为，我国《社会保险费征缴暂行条例》明确规定了征缴社会保险费用是社保管理部门的职责，且根据该条例的规定，用人单位必须为劳动者依法办理社会保险，故社会保险费的缴纳属于行政法规规定的强制交纳的范畴。如果用人单位已经为劳动者办理了社保手续，但用人单位不按规定为劳动者缴纳社会保险金，属于行政管理的范畴，不属于法院民事案件的受案范围，因此，原告要求被告补缴社会保险的诉讼请求缺乏依据。

3. 原告主张2008年1月至2009年8月期间未签劳动合同的加倍工资是否超过仲裁时效

笔者认为，未签劳动合同的加倍工资具有罚金的属性，与劳动者的应得报酬不同，因此适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的时效规定。根据法律规定，用人单位未在法定期限内与劳动者签订劳动合同应属于非法用工，如果这种非法用工的状态一直持续到用人单位与劳动者签订劳动合同，诉讼时效的起算应当从非法用工的违法状态消除之日起计算，即从用人单位与劳动者签订劳动合同之日起计算。本案中，原告与被告直到2009年8月31日才签订劳动合同，因此，原告要

求支付未签劳动合同的加倍工资从2009年8月31日开始即可主张，但原告于2010年12月7日才向仲裁委申请仲裁，已经超过法律规定的1年时效期间，也没有时效中止、中断的正当理由，因此，对原告主张未签劳动合同的加倍工资，应不予支持。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院　苏敏昌

55

未签书面劳动合同二倍工资的仲裁时效中断问题

——杨永顺诉北京市大兴区兴安汽车驾驶学校劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第3136号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：杨永顺

被告（被上诉人）：北京市大兴区兴安汽车驾驶学校（以下简称兴安驾校）

【基本案情】

2009年8月3日，杨永顺向北京市大兴区劳动争议仲裁委员会申诉，要求确认其与兴安驾校自1992年8月15日至2009年5月15日期间存在劳动关系，兴安驾校支付其：1. 1999年6月至2009年5月15日的社会保险金；2. 2008年未休年休假10天的加班工资2980.8元及50%的赔偿金1490.4元；3. 2007年5月15日至2009年5月15日期间休息日加班199天的加班费39543.8元及50%的赔偿金19771.9元、2008年4月4日、2009年4月4日清明节加班2天的加班费596元及50%的赔偿金298元；4. 2009年4月1日至2009年5月15日工资2183元及50%的经济补偿金1352元；5. 解除劳动合同的经济补偿金36737元及50%的赔偿金18368.5元。

兴安驾校否认与杨永顺存在劳动关系。仲裁委裁决驳回杨永顺的全部仲裁请求。

杨永顺不服上述裁决内容，诉至北京市大兴区人民法院，法院判决驳回杨永顺的全部诉讼请求。杨永顺不服该判决，提起上诉，北京市第一中级人民法院作出（2010）一中民终字第6919号民事裁定书，裁定撤销原判决，发回重审。法院重审后，经一审和二审，最终于2011年5月16日判决确认了杨永顺与兴安驾校自2002年9月25日至2009年5月15日期间存在事实劳动关系。

2011年5月23日，杨永顺申诉至北京市大兴区劳动争议仲裁委员会，要求兴安驾校支付其2008年2月1日至2009年5月15日未签订书面劳动合同双倍工资的差额32550元。仲裁委以申请超过劳动仲裁的时效期间为由，驳回杨永顺的全部仲裁请求。杨永顺不服上述裁决内容，诉至北京市大兴区人民法院。

【案件焦点】

杨永顺主张2008年2月1日至12月31日期间未签订书面劳动合同二倍工资是否已过仲裁时效。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院认为：杨永顺主张兴安驾校支付其2008年2月1日至12月31日未签订书面劳动合同双倍工资差额的请求，应在2009年12月31日前提出申请。现杨永顺于2011年5月23日申请仲裁，且未提交证据证明存在时效中断或中止的其他情形，故法院对其要求兴安驾校支付其2008年2月1日至2008年12月31日未签订书面劳动合同双倍工资差额的请求不予支持。

据此，判决如下：驳回原告杨永顺的诉讼请求。

杨永顺不服一审判决，提起上诉，称：其因确认劳动关系纠纷于2009年8月3日申诉至大兴仲裁委时，未签订书面劳动合同双倍工资差额请求的仲裁时效开始中断，并自2011年5月16日开始重新计算，故其于2011年5月23日申请仲裁，并未超过仲裁时效期间。

北京市第一中级人民法院认为：根据查明的事实，杨永顺于2009年8月3日向大兴仲裁委提出申诉，要求确认其与兴安驾校存在劳动关系，但兴安驾校否认与杨永顺存在劳动关系，直到2011年5月16日，法院的生效判决才最终确认杨永顺与兴安驾校自2002年9月25日至2009年5月15日期间存在劳动关系。杨永顺向

兴安驾校主张2008年2月1日至12月31日期间未签订书面劳动合同双倍工资差额，仲裁时效于2009年1月1日开始起算，而劳动关系的存在是主张未签书面劳动合同双倍工资差额的基础，杨永顺于2009年8月3日向大兴仲裁委提出申诉，未过1年的时效期间，应认定申请仲裁时效中断，直到2011年5月16日，法院的生效判决最终确认杨永顺与兴安驾校自2002年9月25日至2009年5月15日期间存在劳动关系，仲裁时效重新计算，故杨永顺于2011年5月23日申请仲裁未过1年的时效期间。兴安驾校应支付杨永顺2008年2月1日至12月31日期间未签订书面劳动合同双倍工资差额23100元（2100×11=23100）。

依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项之规定，判决如下：

一、撤销北京市大兴区人民法院（2011）大民初字第11074号民事判决；

二、本判决生效后十日内，北京市大兴区兴安汽车驾驶学校支付杨永顺2008年2月1日至2008年12月31日期间未签书面劳动合同二倍工资差额23100元。

【法官后语】

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第二款规定："前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。"那么，在同一劳动关系下，如果劳动者先就一种请求权（例如本案的确认劳动关系）提出仲裁申请，而后又就另一种请求权（例如本案的二倍工资）提出仲裁请求，前一请求权的主张能否中断后一请求权?

笔者认为，应根据两次仲裁的具体请求和事实经过，按照公正、及时、诚实信用的原则，进行分析判断。如果因单位否认与劳动者存在劳动关系，劳动者向仲裁机构或法院请求确认劳动关系的，则在确认劳动关系的仲裁和诉讼期间，对其劳动法上其他相关请求权的仲裁时效，应认定为中断。理由如下：

1.《劳动争议调解仲裁法》第三条规定："解决劳动争议，应当根据事实，遵循合法、公正、及时、着重调解的原则，依法保护当事人的合法权益。"当用人单位在仲裁或诉讼中否认与劳动者存在劳动关系时，劳动者主张确认劳动关系将成为双方之间的主要争议，同时也将成为劳动者其他劳动法上请求权的前提基础。因单位否认存在劳动关系，劳动者在仲裁和诉讼中的主要精力必将集中于如何证明存在

劳动关系。考虑到劳动者在法律知识和证据提供方面的弱势地位，要求其在主张确认劳动关系的同时必须一并提起劳动法上的全部相关请求权，明显是不公正的。同时，在确认劳动关系成为首要争议的情况下，由仲裁机构或法院先行对劳动关系存在与否做出结论性意见，作为当事人能否主张其他劳动法上请求权的基础，也符合及时解决纠纷的原则。

2.《劳动合同法》第三条第一款规定："订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。"对于《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第二款仲裁时效中断的理解适用，也必须遵循诚实信用原则。从本案的实际情况看，杨永顺于2009年8月3日即向大兴仲裁委提出申诉，并未怠于行使权利；在劳动关系于2011年5月16日经仲裁和诉讼被认定后，杨永顺于同月23日即提出申诉要求兴安驾校支付未签书面劳动合同二倍工资，应属积极行使权利。而兴安驾校先是否认劳动关系，导致诉讼拖延；之后在劳动关系被确定后又提出仲裁时效抗辩，其行为明显有违诚实信用原则。

综上所述，本案中，杨永顺于2009年8月3日向大兴仲裁委提出申诉，应认定申请仲裁时效中断，故杨永顺于2011年5月23日主张2008年2月1日至12月31日期间未签订书面劳动合同二倍工资未过仲裁时效。

编写人：北京市第一中级人民法院　何锐

56

劳动争议仲裁时效应自何时起算

——卓庭铭诉厦门市中连结构胶有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市湖里区人民法院（2012）湖民初字第3469号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：卓庭铭

被告：厦门市中连结构胶有限公司（以下简称中连公司）

【基本案情】

卓庭铭出生于1948年8月29日，其于2000年12月6日进入中连公司工作，双方未订立劳动合同，中连公司未为卓庭铭办理社会保险手续。卓庭铭因其个人原因于2011年4月30日离开中连公司。2012年4月10日，卓庭铭向厦门市劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，请求裁决中连公司为卓庭铭补缴2000年12月至2011年4月期间的社会保险费并支付经济补偿金87412.5元。厦门市劳动争议仲裁委员会以卓庭铭的仲裁请求超过申请仲裁时效为由，决定不予受理。卓庭铭对该决定不服，遂向法院提起诉讼。

【案件焦点】

双方劳动争议的仲裁时效应自何时起算。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院经审理认为：1. 2000年12月6日至2008年8月29日期间，卓庭铭作为中连公司的工作人员参与工程施工，从事中连公司安排的有报酬的劳动，其工作是中连公司业务的组成部分，双方成立事实劳动关系。卓庭铭于2008年8月29日年满60周岁，达到法定退休年龄，根据相关法律规定，2008年8月30日至2011年4月30日期间，卓庭铭与中连公司之间的关系应按劳务关系处理。2. 卓庭铭与中连公司的劳动关系依法应认定于2008年8月29日终止，但卓庭铭之后仍继续为中连公司提供劳务，双方存在劳动关系及劳务关系的期间是连续的。在卓庭铭离开中连公司前，双方并未产生纠纷，卓庭铭并不明确其权利是否会被侵害，故本案劳动争议的仲裁时效期间应从劳务关系终止之日开始计算。卓庭铭于2012年4月10日申请劳动仲裁，未超过仲裁时效期间。3. 卓庭铭与中连公司在2000年12月6日至2008年8月29日期间存在事实劳动关系，中连公司依法应当为卓庭铭办理社会保险手续。4. 卓庭铭已主张中连公司为其办理社会保险手续，不存在因不能补办手续而导致其无法享受社会保险待遇的情形，故卓庭铭要求中连

公司赔偿其无法享受社会保险待遇的损失没有事实依据，不予支持。5. 卓庭铭系因其个人原因自行申请离职，不符合《中华人民共和国劳动合同法》规定的用人单位应该支付经济补偿金的情形，故对该项诉求不予支持。

福建省厦门市湖里区人民法院依照《中华人民共和国社会保险法》第五十八条第一款及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，作出如下判决：

一、被告厦门市中连结构胶有限公司应于本判决生效之日起十日内按规定为原告卓庭铭补办社会保险手续。

二、驳回原告卓庭铭的其他诉讼请求。

【法官后语】

1. 已达到法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇的人员与用人单位之间成立劳动关系还是劳务关系的问题

笔者认为，根据《社会保险法》的相关规定，养老保险除针对职工的基本养老保险外，还有新型农村社会养老保险及城镇居民社会养老保险。可见，达到法定退休年龄的人员，即使未依法享受基本养老保险待遇，也可能享受其他类型的社会养老保险待遇。而从《劳动合同法》的立法本意来看，享受养老保险待遇的人员已获得相应的社会保障，无需再通过维持其与用人单位之间的劳动关系来保障其权益。因此，仅以是否享受“基本养老保险待遇”作为判断构成劳动关系或是劳务关系的标准，是不够全面的。反之，以是否达到法定退休年龄作为判断标准，较符合社会保险的运行机制，且在审判实践中易于掌握判断。本案中卓庭铭达到法定退休年龄后继续在中连公司工作了一段期间，该期间双方成立劳务关系。

2. 劳动争议仲裁时效的起算问题

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年，仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”该条规定的起算时间以当事人具备主观认知条件为依据，因涉及主观性因素，在许多情形下双方当事人均无法提供充分证据来证明该起算时间点，故需要法官运用自由裁量权进行认定。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第一条对“劳动争议发生之日”作了具体的解释，该条规定中的“劳动

争议发生之日”也是判断劳动争议仲裁时效何时起算的依据。《解释》中规定“解除或者终止劳动关系之日为劳动争议发生之日。”本案中，法院认定卓庭铭与中连公司的劳动关系于2008年8月29日终止，若以该日期作为劳动争议发生之日并开始计算仲裁时效，则卓庭铭于2012年4月10日申请劳动仲裁时已超过仲裁时效期间，其将因时效问题而失去劳动关系存续期间的相关权利。鉴于卓庭铭与中连公司之间存在劳动关系及劳务关系的期间是连续的，在卓庭铭离开中连公司前，双方并未产生纠纷，卓庭铭并不明确其权利是否会被侵害，故本案应以双方劳务关系终止之日作为“当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日”，以保护劳动者的合法权益，更大程度上体现实质公平。卓庭铭与中连公司的劳务关系于2012年4月30日终止，卓庭铭于同月10日申请劳动仲裁，未超过仲裁时效期间。

编写人：福建省厦门市湖里区人民法院　胡晓华

57

劳动者违约提前解除合同是否应返还“安置金”

——扬州紫竹软件有限公司诉赵宗伟劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

江苏省扬州市广陵区人民法院（2012）扬广民初字第1473号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：扬州紫竹软件有限公司（以下简称紫竹公司）

被告：赵宗伟

【基本案情】

赵宗伟自2011年4月至紫竹公司工作，双方签订了备忘录，约定“赵宗伟正式进入紫竹公司工作一个月内，紫竹公司支付赵宗伟四个月报酬合计30000元安置

金，赵宗伟如在2年内非正常离职必须退还30000元安置金给紫竹公司”。同年4月赵宗伟从紫竹公司处领取了该安置金。

2012年4月26日，赵宗伟向紫竹公司出具辞职申请，内容为“因本人家庭原因，不能再在贵公司任职，特申请离职”，紫竹公司于同年5月21日同意赵宗伟离职，同月26日赵宗伟正式离职，双方终止劳动关系。

2012年6月28日，紫竹公司向扬州市广陵区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求赵宗伟：1. 退还安置金30000元；2. 赔偿因其拒绝移交资料而给紫竹公司造成的损失417418元。2012年8月10日广陵区仲裁委作出扬广劳人仲案字［2012］第166号仲裁裁决书，裁决：1. 赵宗伟支付紫竹公司安置金30000元；2. 对于紫竹公司要求赵宗伟赔偿417418元的仲裁请求不予处理。紫竹公司不服裁决，提起诉讼。

【案件焦点】

1. 赵宗伟违约提前解除合同是否需返还“安置金”给紫竹公司；2. 赵宗伟是否需赔偿紫竹公司损失。

【法院裁判要旨】

江苏省扬州市广陵区人民法院经审理认为：（1）对于紫竹公司要求赵宗伟返还30000元安置金的诉讼请求，依据备忘录的约定，“赵宗伟在进入紫竹公司工作一个月内，紫竹公司支付赵宗伟四个月报酬合计30000元安置金，赵宗伟如在2年内非正常离职必须退还30000元安置金给紫竹公司”，可知讼争的30000元是紫竹公司对赵宗伟预付的劳动报酬，赵宗伟需在紫竹公司工作满两年方能完全享有此30000元的权利。本案中，赵宗伟在紫竹公司领取该30000元约一年后，即因个人家庭原因向紫竹公司提出离职，可以认定赵宗伟未按照约定期限付出劳动，没有完全履行与紫竹公司的合同。根据合同履行的对等原则，对赵宗伟未履行的部分，紫竹公司可以拒绝给付，已经支付的，可以要求相应返还。因此，对于紫竹公司已经预付但赵宗伟未能履行的劳动报酬（约一年的安置金15000元），紫竹公司可以要求赵宗伟返还，但对于赵宗伟已经履行的劳动报酬紫竹公司不得向其主张返还。（2）对于紫竹公司要求赵宗伟赔偿417418元的诉讼请求，紫竹公司提供的证据不能证明是因赵宗伟的离职而给紫竹公司造成了直接性损失，紫竹公司的此项诉讼请

求无事实和法律依据，本院不予支持。

扬州市广陵区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告赵宗伟在本判决生效后十日内支付原告紫竹公司安置金15000元；

二、驳回原告紫竹公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

在赵宗伟与紫竹公司签订的备忘录中，双方约定："赵宗伟正式进入紫竹公司工作一个月内，紫竹公司支付赵宗伟四个月报酬合计30000元安置金，赵宗伟如在2年内非正常离职必须退还30000元安置金给紫竹公司"。

本案处理的关键在于对"安置金"的理解。而在仲裁时，仲裁委却忽略了这一点，把争议焦点放在了对"非正常离职"的理解上。结合本案，赵宗伟工作一年后即向紫竹公司提出辞职。仲裁委审理时认为，"非正常离职"应理解为"非因紫竹公司原因导致赵宗伟"离职的诸多情形，本案中赵宗伟是因个人原因向紫竹公司提出离职，其离职原因并非由紫竹公司所致，可以视为系"非正常离职"之情形，故赵宗伟因依据约定返还紫竹公司30000元安置金。

法院审理后认为，本案中的30000元安置金应理解为紫竹公司依据双方签订的合同预先支付给赵宗伟的劳动报酬，在赵宗伟按约完全履行了合同后方能完全享有该30000元安置金，结合本案，赵宗伟提前解除合同，不管其是否属于"非正常离职"，都可以认定其是没有完全履行合同，根据合同履行的对等原则，对于合同未履行的部分而赵宗伟又预先取得的劳动报酬，在紫竹公司要求其返还时，赵宗伟应当予以返还。最终法院作出判决要求赵宗伟返还紫竹公司安置金15000元。

编写人：江苏省扬州市广陵区人民法院　薛琴

58

非法使用童工发生劳动争议的赔偿

——朱某诉厦门力迪塑胶有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 裁判书字号

福建省厦门市翔安区人民法院（2012）翔民初字第1546号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告：朱某

被告：厦门力迪塑胶有限公司

【基本案情】

原告朱某于1996年出生，2012年1月31日，朱某应聘进入被告厦门力迪塑胶有限公司工作，同年3月18日，原告在其工作岗位上作业时，左食指、中指、环指不慎被机台的刀片压伤，后被送往医院住院治疗11天，其间的医疗费由被告支付。2012年4月9日，原告的父亲向厦门市人力资源和社会保障局申请原告的工伤认定，同月13日，厦门市人力资源和社会保障局经审查认为，原告受伤时不满十六周岁，作为劳动者的主体资格尚未确立，原告与用人单位厦门力迪塑胶有限公司的劳动关系不能确立，即作出（2012）7002号《工伤认定申请不予受理通知书》。后原告向厦门市劳动能力鉴定委员会申请劳动能力鉴定，2012年5月28日，厦门市劳动能力鉴定委员会作出2012050902号《厦门市劳动能力鉴定书》，认定原告为伤残十级。后被告不服该鉴定结论，向福建省劳动能力鉴定委员会申请对原告的劳动能力重新进行鉴定，2012年7月13日，福建省劳动能力鉴定委员会作出闽劳能鉴［2012］伤字第245号《劳动能力鉴定结论通知书》，鉴定结论为：劳动功能障碍十级。2012年6月27日，原告向厦门市翔安区劳动争议仲裁委员会申请劳动争

议仲裁，同日，厦门市翔安区劳动争议仲裁委员会经审查认为，原告申请仲裁的纠纷不属于劳动争议，作出夏翔劳仲案不字（2012）10号《不予受理申请仲裁决定书》，决定不予受理。原告遂向法院提起诉讼，请求法院判令被告支付原告各项损失共计60429.8元。被告辩称，1. 原告父母主动要求未成年子女进入公司工作，并与原告居住在一起，没有起到应有的监护责任；2. 原告是未成年人，主体资格不适格，劳动关系并未成立，不存在误工费之说；3. 原告的鉴定是在未完全康复之前做的，不能认可。

【案件焦点】

1. 原告的父母是否要对原告的受伤承担一定的监护责任；2. 用人单位非法使用童工，发生工伤事故时，法院是否应认定二者之间存在劳动关系；3. 本案中伤残鉴定的时间是否对结果有影响。

【法院裁判要旨】

厦门市翔安区人民法院经审理认为：被告厦门力迪塑胶有限公司招聘未满十六周岁的原告朱某进入其公司工作，属于使用童工。原告在其工作岗位上作业时，左食指、中指、环指不慎被机台的刀片压伤，构成劳动障碍十级。被告除已经支付原告的医疗费外，依法还应支付原告因身体受伤的一次性赔偿金、治疗期间的生活费等诉讼请求。对被告主张原告的法定监护人明知原告属于未成年人，仍要求其公司招聘原告进入其公司工作，应承担40%的责任问题，因原告的法定监护人不予认可，且被告的该项主张，与相关的法律规定不符，本院不予采纳。

厦门市翔安区人民法院依照国务院《工伤保险条例》第六十六条，中华人民共和国人力资源和社会保障部第9号令《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第二条、第三条、第四条、第五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

一、被告厦门力迪塑胶有限公司应于本判决生效之日起三日内向原告朱某支付因非法用工致使原告身体受伤的一次性赔偿金等计人民币50306.28元。

二、驳回原告朱某的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理的重点主要在于对用人单位非法使用童工，发生工伤事故时的责任认定以及赔偿标准问题。我国《工伤保险条例》第六十六条规定："用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。童工或者童工的近亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照处理劳动争议的有关规定处理。"

具体到本案中，被告认为原告是未满十六周岁的童工，作为劳动者的主体不适格，原告与被告的劳动关系不能成立。这种理解是对法条的歧义理解，依照《工伤保险条例》的规定，此种纠纷应当按照处理劳动争议的有关规定处理。

案件中应引起我们注意的是父母主动要求童工进入公司工作，是否应该对其子女发生的工伤承担一定责任，我想这种说法肯定是不行的，但是我们是否应该制定一些惩罚措施，规制童工的法定监护人的这些行为，是值得我们深思的。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院　田陈林